CLAUS ROXIN

TEORÍA DEL TIPO PENAL

TIPOS ABIERTOS Y ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

Versión castellana del
Prof. Dr. ENRIQUE BACIGALUPO
(Universidad de Madrid)

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES
1979

Título del original alemán:
Offene Tatbestände und-'Rechtspflichtmerkmale
Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1970

Talcahuano 494
Hecho el depósito de ley.

Derechos reservados.
Impreso en la Argentina.

ÍNDICE

PARTE PRIMERA

ESENCIA Y SIGNIFICADO DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

CAPÍTULO I

LA ESENCIA DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO SEGÚN LAS CONCEPCIONES DE WELZEL Y ARMIN KAUFMANN

A) LA TEORÍA DE WELZEL 3
I. La relación fundamental del tipo con la antijuricidad 3
II. Los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico 6
1. Las reglas generales de la antijuricidad 6
2. Los elementos especiales de la antijuricidad . _ 8
a) El ejercicio de autoridad adecuado a derecho 8
b) La validez jurídica de una ley o de un reglamento 9
c) La competencia 9
d) Los elementos de la autoría 10
e) La falta de autorización 12
f) La falta de autorización de la autoridad o policial o de permiso 12
g) El hecho previo en el encubrimiento 13
h) La "obligatoriedad" y la "falta de autorización" en el dere cho penal militar 14
3. La falta de adecuación social 14
4. El deber jurídico en los delitos de omisión 15
a) Los delitos impropios de omisión 15
b) Los delitos propios de omisión 17
5. El deber de cuidado objetivo en los delitos culposos 18

B) LA TEORÍA DE ARMIN KAUFMANN 19
I. Las "órdenes oficiales" 20
II. Los elementos de la autoría 22
C) PANORAMA BIBLIOGRÁFICO 24

CAPÍTULO II

LA SIGNIFICACIÓN DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER **JURÍDICO**

A) Su SIGNIFICACIÓN PRÁCTICA PARA LA TEORÍA DEL ERROR Y DE LA TENTATIVA 29
I. Las reglas generales de la antijuricidad 30
II. Los elementos especiales del deber jurídico 36
1. El ejercicio del cargo conforme a derecho 36
2. La validez jurídica de una ley o de una ordenanza 38
3. La competencia 39
4. Los elementos de la autoría 42
5. La falta de autorización 46
6. La falta de permiso de la autoridad o policía 46
7. El hecho previo en los casos de encubrimiento 47
8. La "obligatoriedad" y la "falta de autorización" en el derecho penal militar 49
III. La adecuación social 49
IV. El deber jurídico en los delitos de omisión 50
1. Los delitos impropios de omisión 50
2. Los delitos propios de omisión 54
V. La lesión del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos 55

B) LA SICNDJICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO 56
I. El desarrollo de la teoría del tipo 56
1. El tipo penal valorativamente neutro 56
a) La objetividad del tipo penal 57
b) La neutralidad valorativa del tipo penal 57
2. El descubrimiento de los elementos normativos 60
3. El tipo penal como juicio de disvalor provisorio y la inclusión de elementos subjetivos 63
a) La parte objetiva del tipo 63
b) Los elementos subjetivos del tipo 66
4. El tipo como juicio de disvalor incondicionado 67
II. La posición de Welzel en el desenvolvimiento de la teoría del tipo penal 69
1. El tipo objetivo 70
a) La relación del tipo con la antijuricidad 70
b) La relación del tipo objetivo respecto de los elementos normativos .. 74
2. El tipo subjetivo 78
3. Resumen 80

PAKTE SEGUNDA CRITICA Y SOLUCIÓN

CAPÍTULO I CRÍTICA CONCEPTUAL

A) LOS TIPOS ABIERTOS Y LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO EN LA TEORÍA DE WELZEL 87
I. La carencia de función indiciaría 88
II. El juicio de valor judicial positivo 89
III. Los elementos del deber jurídico sólo ponen de manifiesto el deber jurídico del autor. Tienen la función de describir el hecho, y por ello pueden, en la mayoría de los casos, eliminarse 94
1. ¿Sólo el deber jurídico del autor es puesto de manifiesto por los elementos del deber jurídico? 94
2. ¿Pueden eliminarse los elementos del deber jurídico porque ellos no describen el hecho? 95
IV. Resumen 99

B) LA TEORÍA DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO DE ARMIN KAUFMANN 100
I. Las "órdenes oficiales" 100
II. Los elementos de la autoría 107
a) La necesidad lógica de su tratamiento especial 107
b) La necesidad onlológica del tratamiento específico 110
c) La necesidad psicológica de un tratamiento especial 116
d) La neecesidad dogmática de un tratamiento especial 119
e) Resumen 120

C) LA VERDADERA NATURALEZA DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO .. 121
I. Elementos normativos 121
II. Elementos normativos de carácter jurídico 121
III. Elementos abareadores de la antijuricidad 122
1. Delimitación fiente a los elementos normativos específicamente jurídicos 122
2. Caracterización provisoria 131
3. Casos exceptuados e incorporados 134
4. Resumen 138

CAPITULO II CRITICA INTRASISTEMÁTICA

A) CONTRADICCIONES EN EL SISTEMA 139
I. Tipos abiertos y concepto personal de lo injusto 139
II. Los tipos abiertos y el contenido valoraüvo del tipo penal 146

III. Los tipos abiertos *y* la materia de la prohibición 152
IV. Los tipos abiertos y la concepción del.tipo de Welzel 155

B) CORRESPONDENCIAS SISTEMÁTICAS 158
I. Los tipos abiertos y la teoría de la culpabilidad 158
II. Los tipos abiertos y la tendencia al objetivismo 160
1. El objetivismo en la teoría del error 161
2. Las tendencias objetivistas en la teoría de lo injusto 162
III. Los tipos abiertos y las estructuras lógico-objetivas 164
IV. Los tipos abiertos y los elementos de la justificación 165

CAPÍTULO III CRITICA DOGMÁTICA

A) LAS FUNCIONES DEL TIPO PENAL 169
I. La función de garantía del tipo 170
II. La función del tipo penal en referencia a la regulación del error . 170
III. La función sistemática del tipo 172

B) LA DISTINCIÓN DE LAS ESPECIES DE TIPOS ..... : ... 173

C) EL TIPO DEL ERROR 177
I. Los límites del dolo respecto de la culpa 178
1. Las teorías en discusión 178
a) Los grados de la culpabilidad 178
b) La teoría del dolo I 180
La teoría del dolo II 186
La teoría de la culpabilidad I 189
La teoría de la culpabilidad II 192
2. El tratamiento de los elementos del deber jurídico 209
a) La solución 209
aa) La legitimidad del ejercicio del cargo 220
bb) El deber de evitar el resultado, o deber de actuar en los delitos de omisión 224
ce) La autorización ..... 228^
dd) La "competencia" 229
ee) La "validez jurídica" 230
ff) Otros ejemplos 231
b) Críticas 236
aa) Error de hecho y de derecho 236
bb) La teoría de los conceptos complejos 237
ce) La voluntad del legislador 241
El tratamiento de los casos divergentes 242
II. La significación de los elementos del deber jurídico con respecto a la teoría de la culpabilidad 250
1. La delimitación de la tentativa inidónea, el delito putativo y el delito consumado 250
2. Las consecuencias con respecto a los elementos del deber jurídico 257

D) EL TIPO SISTEMÁTICO 262
I. Introducción 282
II'. Tipos abiertos como fundamento de la estructura del delito..... 264
1. ¿Se corresponden los tipos abiertos con las exigencias sistemáticas? 264
2. ¿Se corresponden los tipos abiertos con la esencia del tipo penal? 268
III. El tipo total como fundamento de la estructura del delito..... 273
1. Las ventajas del tipo total 274
a) El tipo total es esencialmente correcto 274
b) El tipo como *ratio essendi* de la antijuricidad 276
c) El tipo total como elemento fundamental y delimitador . . 277
d) La función cognitiva del tipo total . ..-. 278
e) El tipo total como consecuencia del concepto personal de lo injusto 279
f) El tipo total como expresión del contenido de significación social del hecho 280
2. Las objeciones contra el tipo total 281
a) La confusión de la diferencia valorativa elemental del derecho 281
b) La subjetivación de lo injusto 286
c) La incompatibilidad del tipo total con la teoría de la culpabilidad 290
3. Resultado 294

E) FINAL..... 295

BIBLIOCRAFÍA 297

PARTE PRIMERA

ESENCIA Y SIGNIFICADO DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

CAPÍTULO I

LA ESENCIA DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO SEGÚN LAS CONCEPCIONES DE WELZEL Y ARMIN KAUFMANN

El concepto de tipos abiertos y de elementos del deber jurídico ha sido acuñado por Welzel[1]. Consecuentemente sólo resulta comprensible a la luz de su teoría del tipo y la antijuricidad. Por lo tanto, es preciso en este primer capítulo exponer —sin discutir por ahora los puntos de vista divergentes y sin tomar posición al respecto— la concepción de Welzel del tipo penal y su relación con la antijuricidad en general y de la esencia de los tipos "abiertos" y los "elementos del deber jurídico" en particular. A ello se agregará una resumida explicación de la fundamen-tación independiente y las modificaciones que de esta teoría ha propuesto el discípulo de Welzel, Armin Kaufmann[2].

A) LA TEORÍA DE WELZEL

I. *La relación fundamental del tipo con la antijuricidad.*

Las órdenes jurídicas (prohibiciones o mandatos) se nos presentan en forma de prescripciones que Welzel, si-

[1] Por primera vez en varias investigaciones en el año 1952: "JZ", 1952, ps. 19/20, 133/136, 208/209, 340/344.

[2] En su libro *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie,* 1954.

guiendo a Binding[3], designa con la expresión "normas". Sólo por tomar un ejemplo, puede decirse que en el § 223, StGB, subyace una norma que diría: "No debes maltratar a otro corporalmente en forma dolosa * o dañar su salud". "Contenido" o "materia" de esta norma es el maltratar dolosamente a otro en el cuerpo o el dañar su salud. Con tales palabras se describe la conducta prohibida. Ellas explican también a qué llama Welzel el "tipo" de una prescripción legal[5]. De esta manera Welzel llega a la siguiente definición:

"Tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida"[6]; y también: "El tipo es la materia de la pro[1] hibición (= materia de la norma) de las prescripciones jurídico-penales"[5]. Quien realiza un tipo penal, es decir, quien se comporta en la manera descrita por la materia de la norma — p.ej., "daña dolosamente la salud de otro"—, obra siempre en forma contraria a la norma.

Con ello no quiere decirse todavía que haya obrado en forma antijurídica. Una equivalencia completa "contrariedad a la norma = antijuricidad" tendría lugar sólo en el caso en que el ordenamiento jurídico consistiera sólo en normas. Pero ello no es así. Al contrario, en situaciones especiales una conducta contraria a la norma puede ser[7] permitida mediante las llamadas "proposiciones permisivas". Si lesiono a otro actuando en defensa necesaria, habré actuado en forma contraria a la norma y, por tanto, típicamente en el sentido del § 223, StGB, pero mi acción no resultará antijurídica porque interviene una proposición permisiva contenida en el § 53, StGB.

[s] *Die Nonnen und ihre Uebertretung,* ts. I-IV, 1914-1919.

* El mismo Binding no computa el dolo como contenido de la norma; conf. Kaufmann, *Lebendiges und Totes,* p. 7. Welzel no dice nada al res pecto, pero debe incluir el dolo en la materia de la norma, dado que éste forma parte del tipo penal.

» *L.B.,* ps. 45/46 (6). [6]

L.B., p. 47 (6).

* L.B.. p. 46 (6).

Mientras la adecuación típica (= contrariedad a la norma) denuncia la contradicción de una conducta con una norma particular, la antijuricidad significa la "oposición de la realización del tipo de una norma prohibitiva con respecto al ordenamiento jurídico como un todo"[8].

De aquí surge con respecto a la relación entre adecuación típica y antijuricidad, esencialmente lo siguiente:

Una conducta típicamente adecuada, es decir, contraria a la norma, estará en contradicción con el orden jurídi-. co en su totalidad, si en el caso particular no concurre una proposición permisiva. En el caso del ejemplo: Quien daña a otro en la salud obra no sólo en forma típicamente adecuada, o sea, contraria a la norma, sino también antijurídicamente, si no concurre en favor de él un fundamento de justificación. El juez que haya comprobado la adecuación típica sólo necesita para determinar la antijuricidad realizar un "procedimiento negativo"[9]. No necesita buscar ningún otro elemento para pasar de la contrariedad a la norma a la antijuricidad, sino que se limitará a investigar si en el caso *no* concurre una proposición permisiva. La adecuación típica es "indiciaría" de la antijuricidad. En tales supuestos habla Welzel de "tipos cerrados"[10], pues el círculo de los elementos indicativos de lo injusto es cerrado. La concepción hasta ahora dominante ha considerado que todos los tipos de comisión del código penal son de esta especie. Sólo en el caso de los delitos impropios de omisión hay una minoría que desconoce al tipo la función indicadora de la antijuricidad; la opinión mayoritaria es inclusive partidaria de tal concepción [u] en los delitos culposos.

» *L.B.,* p. 47 (6). »
L.B., p. 72 **(6).**
i° **"JZ",** 1952, p. 344; *L.B.,* p. 72 (6).
[ll] Las referencias bibliográficas se darán en el tratamiento de Ioí casos particulares.

II. *Los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico.*

, .En oposición a ello, Welzel postula que en los delitos de comisión dolosos no todos los tipos son "cerrados". En muchos casos la materia de la prohibición no "está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos"[12]. En estos supuestos el tipo resulta "abierto", es decir, la conducta prohibida no está caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, por tanto, la realización del tipo no podría indicar la antijuricidad[13]. Consecuencia de esto sería que el juez en lugar del procedimiento negativo habitual propio de los tipos cerrados, aquí tendría que comprobar la antijuricidad en forma "positiva". Para ello, luego de determinar la realización del tipo "abierto", debe investigar la antijuricidad mediante la comprobación de los llamados "elementos del deber jurídico" [14].

Cómo se llega a esta opinión es una cuestión que sólo puede aclararse mediante ejemplos. Con el fin de poner orden en los supuestos de tipos abiertos descubiertos por Welzel, así como en los elementos positivos que a eíios se conectan, distinguimos los siguientes grupos de elementos del deber jurídico:

1. *Las reglas generales de la antijuricidad.*

Welzel incluye en este supuesto como ejemplo más importante al tipo de la coacción *(Nötigungstatbestand)* del § 240, StGB. Según su punto de vista, actúa en forma típica, es decir, contraria a la norma, en el sentido de esta

12 L.B., p. 72 (6).

13 L.B., p. 61 (4); últimamente Welzel ha preferido la designación de "momentos especiales de la antijuricidad" o de "elementos especiales de la antijuricidad" (conf. "ZStW", 67, 1955, p. 225). Feto dado que la expresión ya tiene carta de ciudadanía, queremos usarla junto a las designaciones que tienen el mismo significado objetivo pero que idiomaticamente son más cir cunstanciadas.

14 *L.B.,* ps. 72/73 (6).

prescripción, quien "mediante violencia ó la amenaza de un mal sensible coacciona a otro a la realización dé una acción, a tolerarla o a omitirla". En este caso el juez no puede, como en el supuesto de los tipos cerrados, castigar por coacción a quien ha violado la norma sin que concurra en favor de él una causa de justificación. Al contrario, el juez tiene que comprobar en forma "positiva" en virtud de las "reglas de la antijuricidad" [15], contenidas en el § 240, II, antes de la determinación "negativa", si "la utilización de violencia o la amenaza de un mal resulta reprochable en relación al fin perseguido". El § 240, I¿ contiene, por tanto, un tipo "abierto", que no es indiciario de la antijuricidad: "pues en la vida social existen casos de coacción mediante amenaza de un mal sensible que resultan totalmente adecuados a derecho, aunque no estén autorizados por una proposición permisiva especial"[16].

La corrección de esta deducción depende naturalmente de que el § 240, II, no importe un elemento constitutivo limitador del tipo sino exclusivamente un puro elemento de la antijuricidad. Pero ésta es la posición de Welzel, dado que ese tipo no contiene una descripción objetiva de la acción de coaccionar, y solamente dice al juez en qué casos la acción descrita en el § 240, I, es antijurídica ".

Lo mismo rige en el caso del tipo de extorsión (§ 253 StGB), que es estructuralmente igual. Además se encuentra también el poco conocido § 108, StGB, que declara punible la acción de impedir o influir el voto. Esta prescripción no contiene las correspondientes "reglas de la antijuricidad", como los § 240, II, y 253, II, pero habrá que reconocerle razón a Welzel cuando aplica a este caso los mismos criterios fundamentales que a los otros[18]. El

IB BGHSt, 2, 196; Welzel, "JZ", 1952, p. 343.
i« L.B., p. 72 (6).
« Conf. L.B., p. 51 (6).
i« *L.B.,* p. 400 (6).

caso del § 3, WiStG, 1954[1]\ ha dejado ahora[20] de ser considerado por Welzel entre los que aquí exponemos[21].

2. *Los elementos especiales de la antijuricidad.*

Con esta designación se refiere Welzel a una cantidad de casos singulares, que presentamos por el momento sin ulteriores clasificaciones.

a) El ejercicio de autoridad adecuado a derecho.

Según el § 113 se castiga "a quien se resista a un funcionario en el ejercicio de sus funciones adecuadas a derecho". Según Welzel, las expresiones "en el ejercicio adecuado a derecho de sus funciones" no pertenecen al tipo[22], pues no describe la conducta prohibida, sino que expresa qué un deber jurídico de omitir toda resistencia sólo existe si el funcionario obra conforme a derecho. Ello se demuestra porque podría efectuarse la supresión de tales palabras sin que se produzca ninguna modificación objetiva[23]. Según el § 113, obra en forma típicamente adecuada y contraria a la norma, por tanto, todo aquel que se resiste a un funcionario ejecutor en la forma allí expresada. El juez sólo podrá declarar el hecho como antijurídico una vez que haya comprobado "positivamente" si el funcionario obró ejerciendo sus funciones conforme a derecho.

Por las mismas razones, en el § 117, StGB, las expresiones "en el ejercicio adecuado a derecho de sus funciones o derechos" designan un puro elemento de la antijuricidad, que nada tiene que ver con la descripción del hecho.

« L.B., p. 128 (4), p. 139 (5).

20 *L.B.,* p. 148 (6).

21 Conf. también en mi *Disertación,* ps. 8/9 y 29/30.

22 Especialmente "JZ", 1952, ps. 19/20; además: *Neues Bild* (3), p. 23; L.B., ps. 72, 149, 408, 410 (6).

23 *"jz'*\ 1952, p. 20; ahora nuevamente en "ZStW", t. 67, 1955, p. 226.

b) *La validez jurídica de una ley o de un reglamento.*

En el § 110, StGB, se declara la punibílidad de "quien instigue *(auffordern)* a la desobediencia contra una ley o reglamento jurídicamente válidos". La expresión "jurídicamente válidos" resulta nuevamente un momento de la antijuricidad[24]. El hecho de que tales expresiones son innecesarias para la descripción de la conducta y que por ello no deben pertenecer a los elementos del tipo, es en este caso bien claro. Aun cuando esas expresiones faltan como, calificativo de "ley", resulta también claro que la resistencia sólo es antijurídica contra leyes válidas.

c) *La competencia.*

El elemento de la competencia se encuentra en numerosos parágrafos legales: en los § 110, 116, 137, 153, 164, 360, ines. 7 y 8, y 361, inc. 8.

Fuera de estos casos, en que el elemento de la competencia aparece en forma expresa, hay también una serie 4e prescripciones legales en las cuales es necesario para la determinación de la antijuricidad, sin que quepa sobre ello la menor duda, como p.ej. en los § 134, 136, 154, 164, 360, íncs. 2, 4 y 5, y 361.

Sea que se trate de un elemento declarado expresa o tácitamente, la competencia, según la opinión de Welzel, no pertenece a la descripción típica, sino que en todo caso significará solamente el "derecho o el deber de una auto--ridad de actuar en determinadas esferas", es decir, para aquel que es afectado por tal actuación constituye un deber, "de respetar las medidas adoptadas por la autoridad"[25]. Por tanto, quien se niega a dar su nombre a una autoridad incompetente para solicitárselo (§ 360, inc. 8), obra en for-

?* "JZ", 1952, ps. 20 y 134; *L.B., ps.* 72, 149 (6); *Neues Bild* (3), p. 23.

2» "JZ", 1952, p. 135; "JZ", 1953, ps. 120/121; *LB.,* ps.'72, 149 (6).

ma típica, pero, de todos modos, faltará a su acción la antijuricidad.

d) Los elementos de la autoría.

Mientras la mayor parte de los delitos pueden ser realizados por todas las personas, hay sin embargo un número de prescripciones penales en las cuales el círculo de quienes pueden ser autores está limitado a los individuos que posean deberes especiales particulares, específicos o de mayor intensidad. El legislador caracteriza a las personas a las cuales se les imponen deberes especiales mediante los llamados "elementos de la autoría", tales como ""funcionario", "testigo", "abogado", etc. La clasificación sistemática de estos elementos de la autoría ha sufrido modificaciones en la teoría de Welzel. En ella, los delitos de funcionarios son el caso más importante de hecho punible especial y constituyen el trasfondo de todas las consideraciones.

Primeramente se dijo que el elemento "funcionario" juntamente con las circunstancias fundamentadoras de la calidad de funcionario no pertenecen a la descripción del tipo; tales elementos definirían únicamente el deber más intenso frente a ciudadanos específicos o frente a otros ciudadanos, de omitir la acción descrita en el tipo penal y en consecuencia sería un puro elemento del deber jurídico[26]

El deber jurídico, cuya lesión es fundamentadora de la antijuricidad, surge no sólo con la existencia de sus presupuestos objetivos[27], sino cuando además el autor conocía [2S] la "relación vital", o sea, su posición como funcionario. De esta manera los presupuestos objetivos de la calidad de funcionario no son ya elementos del tipo a los que el dolo

2<! «jz-\ 1952, ps. 208/209; *L.B.,* p. 396 (4).

[27] Como lo ha sostenido Armin Kaufmann; conf. ***Lebendiges und Totes, p.*** 159, nota 227; al respecto, más adelante, p. 24. ■ .?» L.B., p. 422 (4).

(conciencia actual) del autor deba referirse. Tales elementos permanecen como elementos de la antijuricidad, que sólo fundamentan un deber jurídico en la medida en que resulten conocidos por el autor. Este conocimiento no requiere, sin embargo, como en el caso del dolo, ser una conciencia actual de la posición de funcionario en el momento del hecho, sino que es suficiente un conocimiento que el autor pueda reproducir en su conciencia en cualquier momento[29].

Lo mismo rige para todos los delitos cuya comisión presupone un deber especial (como padre, educador, tes^_ tigo/médico, abogado, etc.). En todos estos casos la pertenencia al ámbito de autores no era, al igual que en los delitos de funcionarios, elemento del tipo, sino solamente un momento de la antijuricidad. También aquí el conocimiento de las relaciones vitales que fundamentan el deber (p.ej., la relación de protección en el § 174 o en el § 223b del Código Penal) no era presupuesto de realización del tipo sino del surgimiento del deber y, por tanto, de la antijuricidad[30].

Más tarde Welzel dio a su teoría otro giro introducien--do los elementos de la autoría nuevamente en el tipo objetivo[31]. El conocimiento de los elementos de la autoría se convirtió en un elemento del tipo subjetivo, dejando de ser sólo un elemento cuya comprobación se requería a los efectos de la antijuricidad, es decir, del surgimiento del deber jurídico, pero que de todos modos no es alcanzado por el concepto de dolo de Welzel, dado que en lugar de requerirse una conciencia actual en el momento del hecho, es suficiente con un conocimiento reproducible en cualquier momento[32]. De cualquier manera, los elementos de la

*» *L.B.,* p. 422 (4).
30 *L.B.,* p: 422 (4). •
" *L.B.,* ps. 442 (5), 463 (6). . > .
32 L.B., p. 463 (6).

autoría siguen separados del 'deber jurídico que surge de ellos: mientras el conocimiento de los elementos de la au* toría resulta un presupuesto de la realización del tipo, el conocimiento del deber jurídico es significativo sólo para la culpabilidad[33].

e) La falta de autorización.

Ella aparece en una serie de prescripciones penales. Para tomar en consideración sólo el Código Penal, la encontramos en los § 99, 132, 1.32a, 136, 168, 290, 296a, 299, 300, 353b, 353c, 360, inc. 7, 368, inc. 10, 368, inc. 10a, 370, inc. 1, y 370, inc. 2.

Mientras hasta ahora Welzel consideró [3i] el elemento "sin autorización" como elemento no perteneciente al tipo y como puros momentos de la antijuricidad en todas las prescripciones referentes a delitos, en la nueva edición de su tratado *(Lehrbuch)* hace ciertas diferencias. En la mayoría de los casos rige todavía esta opinión, es decir que la falta de autorización y las circunstancias que la fundamentan nada tienen que ver con el tipo. Al contrario, en los § 132 y 107a se trataría de elementos negativos correspondientes al tipo; la palabrita "no-autorizado" significa aquí sólo "sin tener el cargo público", o en su caso "sin autorización electoral"; en el § 99, II, se da un tipo penal en blanco que debe llenarse mediante la correspondiente disposición de derecho constitucional y administrativo[35].

/) La falta de autorización de la autoridad o policial o de permiso [30].

Casos de esta especie se encuentran en la ley en **los**

3[3] *L.B.,* ps. 463, 440 (6).
3* *L.B.,* ps. 61 (4), 68 (5); últimamente: *Nena Bild (4),* p. 23.
35 *L.B.,* p. 73 (8).
3« *L.B.,* p. 149 (8).

§ 284, 286, 330b, 360, inc. 7, 360, inc. 9, 367, inc. 8, 367, inc. 11, 367, inc. 15, 368, inc. 3, 369, inc. 1[3T].

Para estos elementos en conjunto rigen las mismas consideraciones que para los demás momentos de la anti^ juricidad. El organizador de una lotería pública (§ 286), quien establece un establecimiento de seguros (§ 360, inc. 9), o bien el poseedor de un parque de animales (§ 367, inc. 11), obra en todos los casos típicamente. Sólo la anti-juricidad depende de la falta de autorización de la autoridad.

g) *El hecho previo en el encubrimiento.*

El § 257 del Código Penal contiene dos tipos diferentes: el de encubrimiento real ("para asegurarle la ventaja del delito") y el personal ("para sustraerlo de la pena"). Ambos supuestos presuponen que el hecho tiene lugar "después de la comisión de un delito".

El carácter delictivo del hecho previo no pertenece, según la opinión de Welzel, al tipo penal. Él distingue aquí de la siguiente manera:

En los casos de encubrimiento real pertenece al tipo penal la *adecuación típica y* la *antijuricidad* del hecho previo[38], mientras que en el encubrimiento personal la *puni-bilidad* del hecho previo se computa en la descripción típica[30]. En ambos casos la calidad de *delito* del hecho previo no pertenece, por tanto, a la materia de la norma. Al contrario, se trata aquí de especiales momentos de la antijuricidad en la forma de "calificante de la antijuricidad"[40], que le indica al autor cuándo tiene el deber jurí-

[37] El argumento basado en el § 145a del Código Penal que Welzel trae a colación en la 6* ed. (p. 149), resulta inaplicable, como consecuencia de la derogación llevada a cabo por el § 17 de la Ley sobre Tráfico de Ca^ pitales del 15/12/1952.

38 *L.B.,* ps. 320/21 *(fi).*

•™ *L.B.,* ps. 423/21 (6).

*« *L.B.,* ps. 321 y 424 (6;.

dico de omitir el encubrimiento del hecho. Quien encubre a alguien, que sólo ha cometido .una contravención, en consecuencia, obra típicamente en el sentido de ambas prescripciones.

h) La "obligatoriedad" y la "falta de autorización" en el derecho penal militar.

La legislación penal militar proporciona algunos otros casos:

La "obligatoriedad" de una orden conforme a los § 19 a 21 del Código Penal Militar no es, según la concepción de Welzel, una circunstancia de hecho, sino un elemento de la antijuricidad, de tal manera que quien no presta obediencia a una orden antijurídica obra típicamente[41].

Lo mismo rige con relación al concepto de abandono "sin autorización" de la tropa, § 15 y 16 del Cód. Pen. Mil., y 109c, Cód. Penal; según la teoría de Welzel, esto no sólo constituye un elemento especial de la antijuricidad, sino también un elemento especial de la culpabilidad. La "falta de autorización" significa, conforme a esto, que el autor ha obrado "objetivamente sin autorización y subjetivamente conociendo su falta"[41].

3. *La falta de adecuación social.*

También los tipos cerrados, en los cuales la contrariedad a la norma es indiciaría sin más de la antijuricidad, y en los que el juez, verificada la adecuación típica, sólo debe limitarse a comprobar mediante un procedimiento "negativo" la existencia de causas de justificación, es posible encontrar casos que no admiten tal procedimiento. Ello surge de las siguientes consideraciones: quien realiza el tipo de la privación ilegal de libertad (§ 239, Cód. Penal) obra

« *L.B.,* p. 73 (6).

fundamentalmente siempre en forma antijurídica si no se da en favor de él una causa de justificación (consentimiento, defensa necesaria, etc.). Estamos en presencia de un tipo cerrado. Sin embargo, la vida diaria nos presenta una cantidad de privaciones de libertad adecuadas al tipo en las cuales el observador natural no pensaría siquiera en preguntarse por la justificación de este hecho, pues "esta acción se desarrolla completamente dentro de los límites del orden histórico-ético-social de la vida en comunidad y es permitida por este orden"[42]. Tales acciones son "social-mente adecuadas"[42]. Esto rige, por ej., en los casos en que en los modernos medios de trasporte se priva de libertad personal al particular permitiéndosele descender sólo en los lugares donde está previsto tal descenso, y no simplemente donde él quiera. El consentimiento no excluye aquí la antijuricidad que señala la realización del tipo, sino que tal efecto indiciario es eliminado por la adecuación social de la acción.

De aquí se sigue que en realidad todos los tipos son "abiertos" en la medida en que el juez, luego de la realización de él, está obligado a comprobar si la acción cae fuera del orden históricamente desarrollado de la vida social, y ello, antes de preguntarse por las causas de justificación. En los casos de falta de adecuación social, Welzel no habla, por cierto, de un elemento del deber jurídico, sino que al contrario, designa a la adecuación social como una causa de justificación[43], pero no puede ignorarse la estrecha relación que esto tiene con la problemática aquí tratada.

4. *El deber jurídico en los delitos de omisión.*

a) Los delitos impropios de omisión.

En la determinación del lugar sistemático de la po-

«2 L.B., p. 74 (6). «
***LB.*, p. 74 (6).**

«ición de garante en los delitos impropios de omisión, la concepción de Wélzel ha sufrido, como en el caso de los elementos de la autoría, una trasfonnación.

aa) Primeramente se dijo: para la realización del tipo obejtivo de un delito doloso impropio de omisión serían únicamente requeridas la no evitación de un resultado típicamente descrito y la posibilidad de ella. En relación al tipo subjetivo se requeriría la previsión de la amenaza de producción del resultado, el conocimiento de la posibilidad de evitarla y la voluntad de realización[44]. La conciencia actual, o sólo actualizable de la posición de garante y sus presupuestos, no es necesaria para la realización del tipo.

El hecho será entonces antijurídico cuando el autor en el caso concreto tuvo una posición de garante que le imponía evitar el resultado. Como ocurre en el caso correspondiente de los elementos de la autoría, aquí no resulta suficiente para el nacimiento del deber jurídico con la existencia objetiva de los elementos que fundamentan la posición de garante. A ello debe agregarse todavía el conocimiento de los "presupuestos exteriores de la posición de garante"[45], es decir, p.ej., la acción precedente peligrosa o la estrecha comunidad de vida con la víctima. De todos modos, esto no depende —como en el "dolo"— de la representación actual en el momento del hecho, sino solamente de la posibilidad de reproducir en cualquier momento el contenido de la conciencia.

; El deber de evitar el resultado emergente de la posición de garante era un momento de la antijuricidad y no necesitaba ser alcanzado ni por el dolo ni por el conocimiento del autor.

Los delitos impropios de omisión sirvieron de ejemplo de tipos "abiertos"[48]. La existencia de la adecuación típica

** *L.B.,* p. 420 (4). « *L.B.,* p. 159 (4). «« *L.B.,* ps. 62, 128, 156 (4); "JZ", 1952, p. 343,

no indicaba todavía la antijuricidad, sino que ella debía investigarse siempre antes de preguntarse por las causas de justificación, estableciendo si el omiten te se halló o, nó. en posición de garante.

bb) Últimamente Welzel ha renunciado a esta posición. En la enumeración de los tipos abiertos no se incluyen más los delitos de omisión ".■ La posición de garante, junto con sus presupuestos, ha sido devuelta al tipo objetivo[48], y el "conocimiento" de la posición de garante, que se diferencia del "dolo" como conciencia actual en el momento del hecho, pertenece al tipo subjetivo. Sólo el deber de evitar el resultado surgido de la posición de garante es, conforme al estado actual de la teoría de Welzel, un elemento de la antijuricidad, cuyo conocimiento no afecta para nada la realización del tipo[48'].

b) Los delitos propios de omisión[4fl].

Aquí ocurre lo mismo que en los delitos impropios de omisión. Welzel distingue la situación generadora del deber, del deber de acción que surge de ella. La situación generadora del deber, cuya descripción es tarea del tipo penal, en el § 330c, abarca únicamente en lo "objetivo un accidente, en lo subjetivo el propio conocimiento del accidente por parte de alguien presente en el lugar del hecho"[50]; en el § 138, "objetivamente la existencia de plan serio para la comisión de un delito y subjetivamente el conocimiento de ello"[50]; en el § 360, inc. 8, "la pregunta de un funcionario por el nombre"[50].

El deber que surge de la situación generadora de él no pertenece al tipo. Quien ve a una persona accidentada

« Conf. *L.B.,* ps. 68 (5), 72, 73 (6). *« *L.B.,* ps. 180/185, 464 (6). «» *L.B.,* ps. 148, 184/85 (6).

[49] Conf. a este respecto el artículo "NJW", 1953, ps. 327/329, *y L.B.,* ps. 176/77 (6).

60 "NJW", 1953, p. 328; en especial nota 6.

y no le presta ayuda, obra típica y antijurídicamente en el sentido del § 330c del Cód. Penal, aunque ignoré el deber de prestarle ayuda. El deber de acción resulta, por tanto, un puro momento de la antijurícidad, que no requiere ser abarcado por el dolo.

5. El deber de cuidado objetivo en los delitos culposos.

i En todos los delitos culposos de lesión, según la concepción de Welzel, para la realización del tipo es suficiente ya la mera causación del resultado descrito en la ley penal[51], en la medida en que este resultado esté conectado de manera adecuada y previsible con la acción [52]. Quien atropella con su coche a un niño que se arroja hacia él de tal forma que el más experimentado conductor tampoco hubiera evitado el accidente, realiza el tipo de lesiones culposas, en la medida en que sólo existe una causación adecuada.

Ahora bien, dado que el comportamiento de todo hombre puede producir efectos lesivos de bienes jurídicos lejanos que se sustraen a la dirección causal del agente, que no se pueden evitar ni con la mejor buena voluntad, ni poniendo extraordinario cuidado, la lesión del bien jurídico no puede ser todavía considerada como antijurídica, puesto que el juicio de antijurícidad expresa siempre la desaprobación de una acción en relación a la conducta jurídicamente mandada [M]. Desde el punto de vista de Welzel la mera lesión del bien jurídico, o sea, la realización del

[51] En los delitos de peligro en un sentido análogo la causación del resultado.

B2 *LB.,* ps. 52/12 (6); *Neues Bild* (3), ps. 30/31. Hasta hace poco resultaba suficiente para Welzel inclusive la pura causación del resultado en el sentido de la teoría de la equivalencia; conf. *L.B.,* ps. 103/104 (5).

53 *L.B.,* p. 104 (5); similar p. 112 (6).

tipo, carece de efecto indiciario de la antijuricidad[54]. Por este motivo el tipo de los delitos culposos es un tipo "abierto"[85].

El efecto indiciario de la antijuricidad sólo tiene lugar si el autor no ha puesto en su obrar "la medida de dirección final exigida en la vida social para la evitación de lesiones de bienes jurídicos"[58], o dicho brevemente: cuando no ha observado el cuidado objetivo exigido. Este deber de cuidado es un componente de la antijuricidad; el juez debe comprobar su lesión antes de determinar la existencia de causas de justificación[57].

Para la culpabilidad sólo resta la cuestión de si puede reprocharse al autor la lesión del deber objetivo de cuidado considerada en el ámbito de la antijuricidad.

B) LA TEORÍA DE ARMIN KAUFMANN [58]

Kaufmann no se ocupa de todos los momentos de la antijuricidad tratados por Welzel. Sólo dedica su atención a una serie de especiales elementos del deber jurídico, que clasifica en dos grandes grupos: "órdenes oficiales"[59] y "elementos de la autoría"[00], cuya especificidad fundamenta con diversos argumentos. Aquí sólo es preciso dar una breve

[54] *L.B., p.* IOS (5); últimamente afirma más moderadamente: "En la realización del tipo... no resulta indicada la antijuricidad en la misma medida que en los delitos dolosos"; *L.B.,* p. 112 (6).

[55] *L.B.,* p. 68 (5); en la 6» edición se evita esta palabra, pero fuera de la incorporación de la idea de la adecuación, que determina cierta limita ción, no hay ninguna modificación.

o« *L.B.,* p. 114 (6).

[57] Así expresamente: *L.B.,* p. 112 (6).

[58] Está basada en su obra *Lebendiges und Totes in Bindings Normen theorie,* 1954. Todas las siguientes remisiones a la teoría de Kaufmann pro ceden de ese libro —en cuanto no se aclare en especial—.

[59] Lug. cit., ps. 98 y ss., 140 y s., 159, 163, 237, 285.

«° Lug. cit., ps. 134 y ss., 141 y s., 149 y ss., 153, 157 y s., 170, 248, **251,** 286.

explicación de sus resultados. La. discusión de sus argumentos se hará en el momento de la crítica.

I. *Las "órdenes oficiales".*

Con la expresión "órdenes oficiales" Kaufmann ha caracterizado la esencia del elemento "competente"[61], "jurídicamente válido" (§ 110) y "en legítimo ejercicio de su cargo" (§ 113). Su razonamiento —expresado en palabras sencillas— es el siguiente [82]:

1. Las normas pueden obligar a los ciudadanos individualmente cuando, por un lado, ya han sido dictadas, y, por el otro, todavía no han sido derogadas. En este sentido son todas las normas condicionadas en su existencia. Otras condiciones de esta especie son la constitucionalidad y la no concurrencia de los presupuestos del § 311, StGB. Todas estas circunstancias, de las cuales depende el efecto obligatorio de una norma, no pertenecen indiscutiblemente al contenido de la norma, es decir, al tipo, sino que son presupuestos de su validez.

2. Según Kaufmann, lo mismo rige con respecto a la legitimidad de una orden oficial y sus presupuestos. En su opinión, se trata también aquí de condiciones de validez de la norma, no de componentes de la materia de la norma. Él llega a este resultado colocando por detrás de los delitos contra "órdenes oficiales" (es decir, órdenes impartidas por órganos competentes del Estado en ejercicio legítimo de sus funciones), una norma que difiere de los tipos corrientes. En estas disposiciones penales se trataría no de un autor que obra contra un mandato del legislador, sino contra la orden de un órgano oficial. Los § 153 y siguientes, p.ej., en la opinión de Kaufmann, juntamente con las disposiciones procesales que fundamentan la competencia,

[61] Conf. el ejemplo *supra,* p. 9. «[2]
Lug. cit., ps. 97/101.

no obligan al individuo todavía a nada. Esas prescripciones únicamente otorgan facultades a las autoridades competentes para dictar mandatos en casos determinados, que son los que darán fundamento a los deberes jurídicos de los ciudadanos a quienes se dirigen. El § 153, StGB, p-ej., contiene la obligación de presentarse y declarar la verdad ante los tribunales. "Pero este mandato cobra vida sólo mediante la citación o convocatoria del juez o del funcionario competente. Antes de ello sólo es posible hablar de un mandato «postergadamene condicionado» por este acto del Estado"[M]. Tal orden oficial es una norma, tal como la que se deduce de la ley misma, "dado que no se diferencia, materialmente, de otras normas"[64]. La orden de un funcionario o de una autoridad es, según esta concepción, equivalente a una norma legal. De la misma manera en que la constitución faculta al legislador para dictar normas, el legislador faculta a su vez a los órganos ejecutivos competentes para que dicten normas. "El mandato se relaciona con las reglas de la competencia de la misma forma en que la ley, de la cual se deduce la norma, se vincula con la Constitución" [M]. De aquí se sigue que los presupuestos de los cuales depende la validez de la orden oficial, es decir, la norma —la competencia de la autoridad a la adecuación al derecho del ejercicio del cargo—, no pertenecen a la norma y, por tanto, tampoco pertenecen al tipo penal, sino que se refieren sólo a la antijuricidad de la contravención de la norma. Con otra fundamentación, llega Kaufmann de esta manera a los mismos resultados que Welzel.

[83] Lug. cit, p. 100. [M] Lug. cit., p. 101. «[5] Lug. cit., ps. 100/101.

II. *Los elementos de la autoría.*

Con una breve introducción a su concepción general y a su terminología puede entenderse lo que Kaufmann concibe como elementos de la autoría:

1. Toda norma, según Kaufmann, rige para todos°[6]. No se trata, entonces, de que en los delitos de funcionarios la norma rija sólo para éstos, sino que lo hace también con respecto al ciudadano común, dado que cualquiera puede llegar a estar en la situación de desempeñar una función pública y de tener que cumplir, por tanto, con los mandatos de esta norma. La norma rige también para niños y enfermos mentales, pues aunque ellos en un momento preciso no puedan comprenderla ni estén en condiciones de cumplirla, tendrán que obedecerla al convertirse en adultos o respectivamente al sanarse. "Todos son destinatarios de todas las normas"[97].

Del hecho de que la orden jurídica se dirige a todos, no deduce Kaufmann[68] todavía que todos estén obligados por la norma. Para que se produzca el efecto obligante se requiere la "concreción" de la norma "con respecto a un individuo determinado que entre en consideración en relación a un acto concreto que es objeto de la prohibición"[89] Con otras palabras: la norma "no debes matar a otro" obliga sólo a aquellos que "bajo determinadas circunstancias dadas en un momento también determinado pueden ejecutar" [70] una acción de homicidio. Aquellos en quienes se dan estos presupuestos son desde el punto de vista de Kaufmann "capaces de acción"[70]. Comprendiendo este punto básico de la concepción que estamos exponiendo, es

[00] Lug. cit., p. 138.
[«T] Lug. cit., p. 125.
[«8] Lug. cit., p. 125.
[«9] Lug. cit., p. 139.
[70] Lúa. cit., p. 139.

posible captar el significado de esta frase de Káufmami que condensa lo que hemos explicado hasta ahora: "Mientras la norma desenvuelve su «validez» en forma permanente y con respecto a todos, actúa «obligando» sólo cort referencia al capaz de acción *in concreto*'"[11]. "La norma concretada en deber que prescribe a un individuo- totalmente determinado un comportamiento también totalmente determinado, se designa como «deber»"[72].

2. Así se llega al punto decisivo para el grupo dé elementos del deber jurídico que estamos tratando. Mieri tras en la mayoría de los casos —en las llamadas normas generales— sólo se requiere la capacidad de acción para la concreción de la norma en deber, existen otras normas —las llamadas normas especiales— en las cuales la capacidad de acción es insuficiente por sí sola para la détela minación del deber. En estos supuestos se requiere un elemento ulterior caracterizador del sujetó: los llamados elementos de la autoría. Entran aquí en consideración aquellos tipos penales que no pueden ser ejecutados por cualquier persona; por tanto, en primer lugar, los delitos de funcionarios y además los delitos especiales[73] que ya Welzel ha tratado. De aquéllos es necesario todavía eliminar los supuestos en que el elemento de la autoría es al mismo tiempo un elemento de la acción, como, por ejemplo, el caso del § 173 del Código Penal, en el cual la inidoneidad del sujeto coincide con la del objeto[74]. Kaufmann menciona además los § 170á, 170b, 170c y 174 dél Código Penal[75]. Por lo demás, los delitos de funcionarios son los únicos con los cuales él ejemplifica su concepción.

[71] Lug. cit., ps. 139/140.
[72] Lug. cit., p. 140.
[73] Ver ps. 10/11.
[74] Lug. cit., p. 155.
[75] Lug. cit., p. 137. (Los § 170a y 170c dejaron de tener vigencia el 1 de enero de 1975. N. del T.).

En la discusión de su teoría estarán estos delitos, por tanto, en primera línea.

3. Kaufmann, como Welzel, se pronuncia por un tratamiento especial de los elementos de la autoría: ellos no pertenecen al tipo penal, sino que fundamentan el deber jurídico. Kaufmann es todavía más radical. Mientras Welzel exige para el surgimiento del deber jurídico, y últimamente inclusive para la realización del tipo subjetivo, el conocimiento de la situación vital fundamentadora del deber[78], Kaufmann renuncia totalmente a ello". Si el autor conoció la situación fundamentadora del deber o no, es, a su juicio, sólo relevante con respecto a la reprochabilidad.

El punto de vista de Kaufmann, según el cual el conjunto de los elementos de la autoría no pertenece al tipo y consecuentemente tampoco requiere ser alcanzado por el dolo, se fundamenta en consideraciones lógicas, ontológi-cas, psicológicas y dogmáticas que sólo pueden desarrollarse al tomar posición críticamente con respecto a su tesis[78].

C) PANORAMA EDBIIOGRAFIOO

La teoría de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico tiene parcial aceptación en la literatura especializada, así como en la jurisprudencia. En general, son predominantes las posiciones contrarias. En el panorama que sigue a continuación se incluyen —fuera del caso de algunas sentencias del BGH— sólo aquellas obras que se ocupan críticamente en forma expresa de la teoría de Welzel, pero no aquellas otras que sólo se apartan de ella en los resultados a que llegan™.

™ *L.B.,* p. 463 (6); ver también *supra,* p. 10, *e infra,* p. 42.
" Lug. cit, p. 159, nota 227.
78 Conf. *mfra,* ps, 107 y ss.
79 Conf. al respecto, *infra,* ps. 29 y ss.

Comparten la posición de Welzel:

BGHSt 2, 195/196, con respecto al tratamiento del § 240, II.

OLG Hamm, JMBÍ NRW, 1953, p. 8, en referencia al § 113.

OLG Köln, JMB1 NRW, 1956, p. 164, respecto del § 367, 8.

Dreher-Maassen, 2^ ed., § 113, nota 5, ps. 166/167: muy poco claro.

La "adecuación al derecho del ejercicio del cargo" es tratada primeramente como condición de la punibilidad. Pero a continuación se dice: el error es ... error de prohibición.

Härtung, NJW, 1952, p. 763.

Heitzer, NJW, 1952, ps. 729/730: se adhiere a la fundamentación básica de Welzel (p. 730, nota 3).

Hirsch, JZW, 1955, ps. 234/235: "Convincente fundamentación" de Welzel (p. 234, nota 2, con respecto al elemento de la competencia).

Jagusch, LK, t. I, 7^ ed., p. 194: La consideración de la "competencia" como un elemento del deber jurídico desvinculado de la culpabilidad es "muy instructiva e interesante"; sin embargo, ahora, en la 8? ed. p. 222, dice: "No inobjetable".

Schwarz, *Kommentar zum StGB,* § 113, nota 4, p. 278; sin embargo, de otro modo en el § 153, nota 2, C, p. 343.

La posición de Welzel es rechazada —en parte con limitaciones— por:

Baumann, Archiv für die Zivilistiche praxis, 155, p. 507, nota 47: "La tentativa no puede calificarse como una cuestión de suerte".

Bermann, *Zur Frage der objektive Bedingungen der Strafbarkeit,* ps. 15/19 y 34/35: .. .tales "puros elementos del deber jurídico son inexistentes (p. 16).

Bruns, JZ, 1954, ps. 713-715: "Punto neurálgico" (p 714); en el reconocimiento fundamental de la teoría finalista hace "reservas" respecto de los elementos del deber jurídico; aquí no estaría "dicha la última palabra" (p. 715). También en contra, en el trabajo titulado *Der untaugliclxe Täter im Strafrecht,* ps. 32-35: "Para reconocimiento de elementos especiales del deber jurídico independientes del tipo penal no hay lugar".

Busch, *Mezger-Festschrift,* ps. 165 y ss.: La construcción de los elementos del deber jurídico y su fundamen-tación no deben seguirse (p. 175). Las consecuencias son, sin embargo, aprobables (p. 176). Busch coincide en el tratamiento del tipo de la coacción del BGH y Welzel también en la fundamentación (p. 180).

Dalke, *Kommentar,* § 113, nota 3, II, p. 114: se rechaza la aceptación de un elemento del deber jurídico. § 154, nota 3, p. 146: la "competencia" es un elemento del tipo y no constituye un momento de la antijuricidad.

Engisch, *Mezger-Festschrift,* ps. 127 y ss.: la funda-mentación de Welzel es rechazada. Ps. 158/159, "construcción a partir del resultado". La corrección del resultado se mantiene abierta (ps. 162/163).

Gallas, ZStB, 1955, t. 67, ps. 1 y ss., se rechaza la teoría de los tipos abiertos en su fundamentación y en sus resultados (ps. 24-27).

Arthur Kaufmann, JZ, 1956, ps. 353-358: "...me distancio de la teoría de Welzel de los elementos especiales de la antijuricidad" (p. 356, nota 43).

Lange, JZ, 1953, ps. 9 y ss.: el rechazo es consecuencia de la concepción del tipo de Lange (ps. 13-15); igualmente en contra en:

Kohlrausch-Lange, § 59, V, 2b, p. 208: ".. .no es compa$_r$ tibie. .. con el sentido y . . . la función de los tipos penales desde el punto de vista del estado de derecho"; además, §113, VI, p. 287.

Lang-Hinrichsen, JR, 1952, ps. 184 y *ss.,* especialmente ps. 185/186, 188: totalmente en contra. Ademas, JR, 1952, ps. 302 y ss.: también la solución del § 240 es contraria. En general, contra la solución de Welzel respecto del problema del error: JR, 1952, ps. 356 y ss.; JZ, 1953, ps. 362 y ss.

Maurach, *Allgemeiner Teil,* ps. 259/260: Reconoce esencialmente los tipos abiertos. Al contrario, rechaza en conjunto los especiales elementos del deber jurídico: *Allgemeiner Teil,* ps. 419/420, y *Besonderer Teil,* 2^ ed., p. 520 (adecuación al derecho del ejercicio del cargo) y ps. 567/568, 570 (competencia); conf. también 1? ed., p. 514.

Mezger, en NJW, 1953, ps. 2 y ss.: ya cuidadosamente en contra; decididamente en el *Leipziger Kommentar,* p. 477, § 59, I, 3: Sólo "pretendida especialidad" de este elemento. P. 478: con respecto a Welzel y su concepción "no existe... ningún fundamento interno". Rechazándolo violentamente en *Studienbuch, Besonderer Teil,* p. 245: "arbitrarios y en contra de la ley"; y p. 265: "arbitrariamente contra la ley". Conf. también *Studienbuch, Allgemeiner Teil,* p. 184.

Sax, *Annales,* p. 422: La teoría de Welzel "priva al tipo penal de su contenido irrenunciable e indiscutible como tipo de injusto".

Eb. Schmidt, JZ, 1956, p. 190: "Comparto el escepticismo de Maurach respecto de la teoría de Welzel de los «elementos del deber jurídico»".

Schröder, ZStB, t. 65, 1953, ps. 183 y ss.: La suposición de Welzel conduce a un "camino sin salida" (p. 185) así como a "un resultado completamente absurdo" (p. 186), y no es "solución alguna" (p. 189). También en relación a las circunstancias del § 240, II, tiende Schröder a admitir elementos del tipo (p. 201). Lo mismo en el *Kommentar* de Schönke-Schröder: § 240, II, se trataría de una "complementación del tipo" (§ 240, V, 1, p. 821). Los

elementos del deber jurídico son rechazados (§ 59, V, 7, c, p. 325).

Schweikert, *Wandlungen der Tatbestandslehre,* ps. 115/116, computa "los elementos del deber jurídico como elementos del tipo".

Von Weber, GA, 1953, ps. 161 y ss.: "construcción *ad hoc"* (p. 165). Lo mismo, en *Materialien zur Strafrechtsreform,* t. I, ps. 279/280.

BGHSt, 3, ps. 253-254: la concepción de la competencia *como* elemento del deber jurídico conduce a resultados que son "inaceptables" y que "no han sido sostenidos en ninguna parte". Esta sentencia es la única del BGH, que se ocupa expresamente de la teoría de los elementos del deber jurídico.

BGH, 3, ps. 82/90, especialmente ps. 89/90: el deber de evitar el resultado en los delitos impropios de omisión pertenece al tipo penal.

BGHSt, 4, ps. 161, 163-165: La "adecuación al derecho del ejercicio del cargo" en el § 113 es condición objetiva de punibilidad.

BGHSt, 5, ps. 251/252: La "competencia" en el § 116 es una condición objetiva de punibilidad.

CAPÍTULO II

LA SIGNIFICACIÓN DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

A) SU SIGNIFICACIÓN PRACTICA PARA LA TEORÍA DEL ERROR Y DE LA TENTATIVA

La significación práctica de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico reside ante todo en dos ámbitos: en la teoría del error y en la tentativa. El error sobre un elemento del deber jurídico es un error de prohibición por desconocimiento del deber jurídico, así como la suposición errónea de la existencia de un deber jurídico que no se da en el caso concreto es un delito putativo. Esta solución está en muchos casos en contradicción con todas las teorías —muchas veces contradictorias entre sí— hasta ahora conocidas. El siguiente panorama no pretende ofrecer un esquema exhaustivo de todas las posibilidades pensables respecto del tratamiento de estos elementos; nos conformamos con resaltar la novedad de las consecuencias derivadas de la incorporación propuesta por Welzel de los elementos del deber jurídico, a través de una confrontación de los puntos de vista más importantes de la literatura penal y la jurisprudencia. En este capítulo no se hará todavía un tratamiento crítico, ni tampoco el desarrollo de nuestra propia solución en relación a estos problemas del error y la tentativa[80].

[80] Conf. al respecto, *infra,* ps. 177 y ss., y en especial ps. 209 y ss. y ps. 255 y is.

Un tercer ámbito en el cual ejercen influencia los elementos del deber jurídico es en la teoría de la participación. A partir de la solución que se dé a la cuestión de si existe un error de tipo o un error de prohibición, surgirán consecuencias no sólo para la punibilidad del autor sino también de los partícipes. A la inversa: la participación en un hecho tentado puede ser punible, si la ley así lo dispone; si se trata de un delito putativo, la participación no será punible. Aquí no es necesario entrar en esta problemática, pues si bien ella es importante, resulta en esta investigación de carácter secundario. Los elementos del deber jurídico deciden en primer lugar sólo la cuestión de si existe un error de tipo o de prohibición, una tentativa o un delito putativo. Aclarado esto, se solucionan los problemas de la participación, según las diversas teorías y en forma independiente de los elementos del deber jurídico.

Nuestro panorama sigue el orden con que hemos expuesto en el capítulo anterior los elementos del deber jurídico.

I. *Las reglas generales de la antijuricidad*[81].

Welze.1 coincide con la sentencia sobre el error del BGH en que el tipo de la coacción *(Nötigung)* sólo contiene los elementos descritos en el § 240, I. Conforme a ello, el legislador ha "trazado los límites del tipo de la coacción de manera tan amplia que alcanza también innumerables casos de la vida diaria en los cuales la coacción por medio de amenazas de un mal sensible es desde el punto de vista del sentimiento jurídico natural adecuada a derecho, de modo tal que la justificación no puede deducirse de una contra-norma especial justificante"[82]. Según

[81] Ver *supra,* ps. 6/7.

82 BGHSt, 2, ps. 195/196.

la opinión del BGH, estamos entonces en presencia de un tipo "abierto" en el sentido de Welzel, De estas premisas coincidentes se deduciría que la suposición errónea de" que no es reprochable el ejercicio de violencia o la amenaza de un mal sería siempre un error de prohibición (dando por supuesto el conocimiento de los elementos del inciso 1), que dejaría intacto el dolo.

Con posterioridad, tanto el BGH como Welzel —casi imperceptiblemente— han limitado su concepción con fundamentaciones que difieren entre sí, de tal manera que ya no puede sostenerse que en el tratamiento del § 240 los puntos de vista del BGH y de Welzel sean coincidentes[83].

Ello surge nítidamente en la sentencia del 30/4/1953 del BGH[84]. El autor creyó, en el caso allí resuelto, disponer de un derecho a indemnización fundado en una acción punible de su pareja, y en virtud de ello quiso motivar a la otra persona con la amenaza de denunciarla penalmente. En este supuesto debe partirse de que tal amenaza sería totalmente habitual si el derecho reclamado existiera realmente.

El BGH y Welzel están de acuerdo en cuanto al resultado: el autor debe ser absuelto. Pero las fundamentaciones que permiten alcanzarlo se distancian sensiblemente. El BGH dice: "La representación errónea de las circunstancias del hecho, que hubieran autorizado al autor a amenazar con la denuncia penal, con el objeto de obtener el cumplimiento de una pretensión civil surgido de la realización del hecho punible, constituye .un error de tipo en el sentido del § 59, StGB". En los fundamentos dice la Corte Federal: "Un error sobre la valoración correspondiente al supuesto de hecho de la situación debe resolverse

[83] En la 3? edición de su libro, 1954, ps. 231/233, no hace *tn&s* esta limitación,

[84] Lindenmaier-Möhring, nota 3 al § 240.

por aplicación del § 59, StGB, como error de tipo que excluye el dolo". El BGH interpreta, por tanto, que todos los elementos determinantes del juicio relativo a la réprochabilidad son elementos del tipo penal, y de esta manera renuncia implícitamente a la concepción del tipo abierto en la interpretación del § 240 que sostuvo en la sentencia de BGHSt, 2, 195/196.

Según la concepción de Welzel, al contrario, el tipo-del § 240 en estos casos, se cumple desde el punto de vista objetivo y subjetivo. El sustrato de la valoración es considerado por Welzel, de esta forma, no como un elemento del tipo, y en ello reside la diferencia decisiva en la fundamentación. Según su opinión, a pesar de la existencia de adecuación típica, falta, sin embargo, la anti-juricidad del hecho, dado que "el medio utilizado (amenaza de una denuncia penal) no es reprobable en relación con el subjetivamente perseguido (cumplimiento del deber-supuesto-de indemnizar)"[85]. Welzel afirma, por tanto, que la sentencia del BGH es incorrecta, en su fundamentación. En su solución, Welzel permanece en la construcción del § 240 como un tipo abierto, y de esta manera resulta más consecuente que la sentencia de la Corte Federal.

La argumentación se aparta, sin embargo, de las premisas habituales para el tratamiento de los elementos del deber jurídico, en tanto que un error sobre la reprobabilidad, en estos casos, no es resuelto como error de prohibición a pesar del conocimiento de todas las circunstancias

[85] *L.B.,* p. 237 (4). En las dos últimas ediciones de su libro —L.B. (5), p. 252, y *L.B.* (6), p. 266— falta nuevamente este párrafo. Dado **que** Welzel no puede aceptar con comodidad la sentencia de la Corte Federal recientemente mencionada, si es que no quiere renunciar totalmente a su construcción y, por otra parte, que nada permite deducir que ahora quiera suponer en estos casos un error de prohibición, continúa con la opinión de la 4* edición.

del inciso 1. No cabe duda, por cierto, de que se trata de un error que, según la teoría de Welzel, no consiste ni en un error de prohibición, ni en un error de tipo, sino en una tercera especie con fuerza tal que excluye la an-tijuricidad.

Los aspectos diferenciales de esta concepción tienen dogmáticamente gran significación *y tendremos* que volver sobre ellos repetidamente. Pero, ¿son prácticamente importantes? Ya se ha demostrado que en el tratamiento de los errores no se produce ninguna diferencia. Las distintas posiciones fundamentales tienen que conducir a diversas consecuencias prácticas si el caso -se formula a la inversa, es decir, cuando quien coacciona con la denuncia penal tiene, en realidad, un derecho a indemnización emergente de la comisión de un delito, pero no lo sabe.

El BGH podría condenar en este caso por tentativa de coacción, porque el tipo objetivo del § 240 no se ha cumplido íntegramente. El sustrato de la valoración, es decir, la falta de una relación adecuada (socialmente insoportable) entre el medio de la coacción y el fin, pertenece, por cierto —como lo hemos visto—, al tipo penal, pero ella no existe objetivamente, sino sólo en la representación del autor.

Al contrario, Welzel tendría que admitir una coacción consumada, pues según su concepción, el tipo del § 240 se ha realizado tanto en lo subjetivo como en lo objetivo. También los presupuestos de la regla referente a la anti-juricidad del inciso 2 están presentes; y dado que "el fin perseguido debe entenderse siempre como el objetivo hacia el cual tiende subjetivamente el autor"[86], el hecho resulta reprobable y, por tanto, antijurídico, de manera que nada impediría la condena por coacción consumada.

8« *L.B.,* p. 237 (4).

Con esto queda demostrado que la "coincidencia" entre Welzel y la Corte Federal en* el tratamiento del § 240 es, en contra de lo sostenido habitualmente, sólo aparente y no impide, por lo demás, diversos resultados prácticos. Estas sutiles diferencias no han sido hasta ahora señaladas en la literatura especializada.

La concepción según la cual el § 240, II, sólo pertenece a la antijuricidad, es seguida por Busch[87], Maurach[88] y Dreher-Maassen[89], sin mencionar siquiera la limitación introducida por Welzel en su propia teoría. Al contrario, Schönke-Schröder °° sostienen ahora que el inciso 2 es "parte del tipo penal"; también Lang-Hinrichsen[91], Schwarz[92], Kohlrausch-Lange[9S] y, por lo menos en ese sentido, Sauer[94], entienden que las circunstancias relevantes para el juicio de antijuricidad deben computarse dentro del tipo penal. Otros, como Mühlmann-Bommel[oti], parten de la teoría del dolo y llegan al resultado de que en el § 240 la conciencia de la antijuricidad es un requisito del dolo.

Sacar todas las consecuencias prácticas que en particular tendría este coro de voces disonantes nos llevaría demasiado lejos. En los resultados no se perciben, de todos modos, grandes diferencias. Todas estas concepciones (inclusive la de Welzel y la del BGH) determinan la absolución del autor que yerra sobre las circunstancias objeto del juicio de reprochabilidad. Las divergencias se limitan al hecho de que a la falsa subsunción bajo el concepto de

. [87] *Mezger-Festschrift,* p. 180.

«[8] Parte general, p. 260; Parte especial, 2» edición, p. 105; en la Parte especial, 1» edición, p. 91, ha caracterizado la antijuricidad en el § 240 todavía como un elemento del tipo.

8» 2» edición, § 240, nota 6, 7, p. 318.

»o § 240 V, 1, p. 821.

[91] "JR", 1952, ps. 304/305.

[92] § 240, 3, A, p. 532.

»3 § 240 V, p. 469.

[9]« *System,* p. 296.

[95] § 240, nota 6, p. 521.

reprobabilidad se le asigna ninguna, poca ó gran significación [96]. Para el § 108, StGB, rige, *mutatis mutandis,* lo mismo que para el § 240[97].

La significación práctica de la teoría de Welzel es todavía menor con respecto al caso del § 253, II. Las cuestiones del error se solucionan, en general, de la misma manera que en el § 240 (en este tema no hemos entrado todavía). La contrariedad al derecho del enriquecimiento, para Welzel, no es necesaria en relación a la realización del tipo, a pesar del divergente texto legal[98]. Una limitación ulterior de los principios fundamentales con respecto al § 240 es admitida por Welzel en los casos en que el autor, mediante amenaza o violencia, quiere presionar erróneamente en favor de una supuesta acción judicial, como ocurre en el caso mencionado más arriba resuelto por el BGH. En este supuesto, niega Welzel no sólo (como en el § 240) la antijuricidad del hecho por falta de reprobabilidad, sino que considera que el tipo mismo del § 253 ni siquiera se ha llevado a cabo, pues el autor ha obrado sin dolo de lesión patrimonial[98].

En todos los casos en que alguien quiere imponer mediante violencia o amenaza una supuesta pretensión jurídica —por erróneas que sean las consideraciones de las cuales se la derive—, la falta de conciencia de la antijuricidad excluye el dolo de la extorsión. En ello reside la coincidencia de teoría y jurisprudencia, aunque en la mayoría de estos casos el dolo resulta excluido, pues ál autor le falta la intención de enriquecerse "en forma antijurídica"[99].

[96] Ya ha sido tratado el problema de la-penalidad de la -tentativa.
[07] *LB.,* p. 400 (6);rSchenke-Schröder, § 108, nota III, 2; pr. 474.
»s *L.B.,* p. 30» (6); "NJW", 1963, ps. 652/653.
»» Asi también ahora el BGII (BGHSt, 4, 105-107).

II. *Los elementos especiales del deber jurídico.*

1. *El ejercicio del cargo conforme a derecho* [10o].

En el § 113, StGB, aparece por primera vez la significación práctica de los tipos abiertos sin limitación alguna. Una sanción por la realización de un hecho doloso resulta posible, según esta teoría, ya cuando el autor resiste, mediante violencia o amenaza de violencia, una acción, sabiendo que se trata de un acto de la autoridad. Un error relativo a la adecuación al derecho de la acción de la autoridad es un error de prohibición, cualesquiera que sean las circunstancias en que tal error se apoya[101]. Esto conduce a divergencias, en parte considerables, frente a la jurisprudencia y a las posiciones doctrinales.

a) Según la concepción del Reichsgerichts, que es ahora jurisprudencia constante de la Corte Federal, este elemento constituye sólo una condición objetiva de puni-bilidad, de tal manera que un error inevitable sobre la adecuación al derecho de la acción Devada a cabo por el funcionario no incide en la punibilidad[102]. Esta posición, es seguida por Werner[103], Maurach [10]\ Olshausen [105], Mez-ger[106] y Sauer[10T].

b) Una opinión ampliamente difundida cuyos principales representantes son Binding[108], Frank[109], M. E.

[100] Ver *supra,* p. 8.

[101] L.B., p. 410 (6).

[102] De la jurisprudencia del Tribunal del Imperio (RG) conf. sólo "RGSt", 55, 161-166 (166); 72, 300-302; BGH, 3 "StR" 238/51 del 6/9/51; 4 "StR" 52/51 del 12/7/51; "BGHSt", 4, 161-166.

"3 *L.K.,* § 113, VI, p. 712.

i»[4] *Parte especial,* 2» edición, p. 520.

i»[5] § 113, nota 12, p. 525.

«« StuB, II, p. 265.

[10T] *System,* p. 470.

ios *Normen,* t. 2, ps. 1128-1135; *Lehrb.,* t. 2, p. 778.

[109] § 113, nota VII, con numerosa indicación **de bibliografía.**

Mayer [no], Liszt-Schmidt[1U], Gerand[112] y últimamente Schrö der"' y Bemmann[114], considera que la "adecuación al derecho del ejercicio del cargo" es un elemento del tipo. Consecuencia de ello es que también debe quedar absuelto un autor que supone grosera y negligentemente la antíjuricidad del acto del funcionario.

c) Conforme a la posición de H. von Weber[115] y Lange[116], es preciso distinguir si el error proviene de una incorrecta valoración jurídica de la acción del funcionario o si él es consecuencia de una falsa apreciación de la situación que es objeto de la valoración jurídica. En el primer caso, se da un error de prohibición, mientras en el restante debe admitirse un error de tipo.

Las cuatro soluciones llegan, por tanto, a resultados diversos; la teoría de Welzel favorece, por cierto, más al autor que la que admite la jurisprudencia, pero resulta más estricta con respecto a las restantes concepciones, ya sea que éstas en todos los casos determinen la existencia de un error de tipo (*b*) en lugar de un error de prohibición, o que lo hagan por lo menos en algunos casos.

Las diferencias en el tratamiento de la tentativa no requieren exposición alguna aquí, pues la resistencia tentada contra la acción estatal no es punible.

Para el § 117 rige lo mismo que en el § 113, pero con una divergencia que llevan a cabo la jurisprudencia y una parte de la doctrina mediante una especial diferenciación. Esta prescripción protege dos grupos de personas diversos: por una parte, los funcionarios de bosques, caza y pesca, y, por otra parte, personas que carecen de la

[110] Vgí. *Darst.,* Parte especial, t. I, p. 455. m
P. 794. "2 p. 338.
i« "ZStW", t. 65, p. 189.
m Lug. cit., p. 35.
i" *Gutachten,* p. 280; "GA", 1953, ps. 161 y ss.
ii« Kohlrausch-Lange, § 113, VI, p. 287.

calidad de funcionarios: propietario de un bosque o de aguas con peces, personas autorizadas para explotación forestal o pesquera, así como para el ejercicio de la caza o de la pesca. La adecuación al derecho del ejercicio del cargó *(* por parte de un funcionario debe considerarse como condición objetiva de punibilidad, mientras que la adecuación al derecho del acto de los otros autorizados debe seguir las reglas que corresponden a los elementos del tipo [11T]. Si la persona que resiste cree que lo hace contra un funcionario que obra antijurídicamente, su error es irrelevante aun cuando no sea culpable; si, al contrario, supone falsamente que el propietario del bosque obra en forma antijurídica, su resistencia resulta siempre impune, aun en el caso en que el error sea evitable. En la hipótesis de un elemento del deber jurídico, ambos casos reciben idéntico tratamiento: el error sobre la adecuación al derecho del ejercicio del cargo o de un derecho no afecta para nada al dolo, y sólo atenúa la culpabilidad —y con ello la pena— conforme a la medida de su evitabilidad[118].

2. *ha validez jurídica de una ley o de una ordenanza* [u]*.

Quien desobedece una ley jurídicamente válida o una ordenanza de las mismas características, en la creencia errónea de su carencia de efectos jurídicos, obra siempre con error de prohibición, si se considera la "validez jurídica" como momento de la antijuricidad [12°]. La significáis RG, "HRR", 1931, n? 157; RGSt, 20, 156-160; 27, 70-73. La Corte Federal (BGH) no se ha manifestado todavía. En la literatura esta diferencia ha sido tomada en general sin reparo, en tanto se sigue la linea de la jurisprudencia en lo referente al § 113; conf., por ejemplo, Schönke-Schröder, § 117, V, p. 519; Werner, *L.K.,* nota 6 al § 117, p. 725; Maurach, *Parte especial,* 2» edición, p. 526; Sauer, *System,* p. 471. Sin embargo, en otra posición Niethammer, p. 19; Olshausen, § 117, 10, p. 540. »8 L.B., p. 411 (6); "JZ", 1952, p. 20. [1,9] Ver *supra,* p. 9. [12]» *L.B.,* p. 406 (6); "JZ",. 1952, p. 20.

ción práctica de esta concepción consiste en la aceptación de un punto intermedio entré las otras dos teorías.

La jurisprudencia y una parte de la doctrina consideran en este caso la existencia de una condición objetiva de punibilidad [m]. Otros entienden que la validez jurídica de la ley o la ordenanza es un elemento del tipo, o bien qué por lo menos la creencia errónea en la carencia de validez jurídica excluye el dolo [m]. Con respecto a las divergencias de estas tres concepciones en lo referente a los resultados, es válido lo sostenido *supra,* II, 1. Tampoco aquí surgen problemas de tentativa.

3. *La competencia*[12]*.

La teoría que estima estar en presencia de tipos abiertos, en todos aquellos casos en que la prescripción correspondiente contiene, expresa o tácitamente, el elemento "competencia", permite un tratamiento igual de todos los casos de error: quien erróneamente cree carecer de competencia, obra conforme a la concepción de Welzel,[1] a pesar de ello, dolosamente; es indiferente en qué se apoya el error sobre la competencia. Pero la culpabilidad será excluida en los casos de inevitabilidad del error, en tanto que en los errores evitables podrá atenuarse. Quien cree erróneamente en la existencia de una competencia que no tiene —cualesquiera que sean las razones que determinar» el error— obra en todo caso cometiendo un delito putativo, el cual, por tanto, no es punible [124].

121 RGSt, 63, 326-329 (329); RG, III, 707/723, de] 15/10/1923, citado por Wemer, *LK,* § 110, nota VII, p. 702. La Corte Federal (BGH) no se ha manifestado todavía. De la bibliografía: Werner, lug.'cit.; Schönke-Schröder, § 110, nota 2, p. 502; Sauer, *System,* ps. 470 y 472; Olshausen, § 110, nota 11, p. 515.

122 Binding, *Lehrbuch,* 2, p. 854; Liszt-Schmidt, § 175, H, 1, p. 805; Frank, § 110, nota IV, p. 284; Gerland, p. 344.

123 Ver *supra,* p. 9.

12* Hoy sólo aún importante para el § 154.

La posición de la jurisprudencia carece, al contrario, de unidad. En la medida en que se trata de prescripciones en las cuales aparece el elemento de la "competencia" —lo que no ocurre en los tipos de las contravenciones—, se han desarrollado diversas concepciones: en los § 110 y 116 la competencia se considera como una condición objetiva de punibilidad[125]. En los § 153, 154 y 156, al contrario, se ha entendido que se trata de un elemento del tipo penal[128]. El BGH se ha adherido últimamente a esta posición en materia de delitos de perjurio[12T], luego de haber seguido un punto de vista ecléctico, según el cual es suficiente para la existencia del dolo que el autor se haya representado "hechos", "que configuran el contenido del concepto de autoridad competente" [12S]. También en el § 137 sostiene la jurisprudencia que la competencia del funcionario y la adecuación al derecho del embargo es un elemento del tipo legal que debe ser alcanzado por el dolo del autor[129].

Por tanto, ya en la jurisprudencia encontramos tres posiciones que difieren de la teoría de Welzel:

1. El elemento de la competencia es una condición objetiva de punibilidad. Esto tiene por consecuencia que también los errores no culpables sobre la competencia son irrelevantes y no impiden la aplicación de la pena correspondiente al delito doloso. En cambio, aceptando que se trata de un elemento del deber jurídico, correspondería, en estos casos, la absolución. La suposición errónea de la competencia, por otra parte, no determina la aplicación de

«[5] Con respecto al § 110: "RGSt", 12, ps. 6-8; 40, 56-65 (64/65); *con* respecto al § 116: "BGHSt", 5, 251/252.

"8 RGSt, 60, 25-27 (27); 65, 206-208 (207); 72, 80-82 (81).

i" BGHSt, 3, 248-256 (253/255).

«8 BGHSt, 1, 13-20 (15-17).

«B RGSt, 10, 425-431 (431); 14, 151-153 (153); 19, 287-293 (289 y ss.); 63, 347-352 (351). Sobre las limitaciones de este principio en la practica, conf. Welzel, "JZ", 3952, p. 134.

pena por el delito tentado. En este punto, lá teoría dé los elementos del deber jurídico llegan a los mismos resultados. La existencia de una condición objetiva de punibili-dad — fuera de los ya mencionados fallos de tribunales superiores— ha sido afirmada también con respecto a los delitos de perjurio por otros tribunales [130]. -En la literatura especializada, esta concepción ha sido aceptada ultima-miente por Niese[131].

2. El elemento de la competencia pertenece al tipo penal. Por tanto, un error sobre él, elimina el dolo y la punibilidad, mientras que su suposición errónea determina la existencia de tentativa. Esta opinión, que es dominante en la praxis judicial en materia de delitos de perjurio y que conduce precisamente a los resultados contrarios de la teoría de los elementos del deber jurídico, es seguida también con respecto a los § 110 y 116 por una parte de la jurisprudencia y de la doctrina[132], mientras otros adoptan aquí el criterio del RG y del BGH[133].

3. El error sobre la competencia es un error de tipo, cuando recae sobre alguno de los "hechos" que fundamentan la competencia; en los demás casos es un error de prohibición. A la inversa, puede resultar una condena por tentativa cuando el autor se representa los hechos de los cuales hubiera surgido su competencia y que en realidad no se dan, mientras que en los otros supuestos estaremos en presencia de un delito putativo. Esta concepción coincide con la teoría de los elementos del deber jurídico en aquellos casos en que admite el error de prohibición. En

iso Conf. sólo OLG Karlsruhe, "NJW", 51, 414.

131 "NJW", 1949, ps. 812/814.

«[2] Binding, *Lehrb.,* 2, p. 854; Liszt-Schmidt, § 175, II, p. 805; Frank, § 110, nota IV, p. 284; Olshausen, § 118, nota 7, p. 534 (en verdad no es completamente claro).

133 Werner, L.K., § 110, nota VII, p. 701, y § 118, nota VI, p. 720; Schönke-Schröder, § 110, nota VI, p. 504; § 116, nota IV, p. 516; Sauer, *System,* ps. 226, 470, 472, 475.

cambio, cuando admite un error de tipo, llega a consecuencias inversas: impunidad, en el supuesto de errónea no-suposición de la competencia; tentativa, en el caso de falsa creencia de la competencia.

,.: Esta posición, fuera de la sentencia del BGHSt, 1, 13[134], es , defendida enérgicamente en diversos artículos de H. von Weber[135].

4. *Los elementos de la autoría*[136].

Las trasformaciones de la teoría de Welzel y las divergencias que ella contiene con respecto a la de Armin Kaufmann, permiten hablar de una triple escala de opiniones *(a-c);* en sus últimas formulaciones la teoría de Welzel se ha acercado sensiblemente a la jurisprudencia y a la opinión dominante *(b)*.

a) La tesis de que los tipos de los delitos especiales son tipos abiertos y que los elementos de la autoría corresponden a la antijuricidad ha sido desarrollada de la manera más consecuente por Armin Kaufmann[137]. Conforme a ella, para la realización del tipo no se requiere la existencia de los elementos de la autoría. En cuanto a la funda-mentación de la antijuricidad, es suficiente su existencia objetiva. La conciencia de la propia posición de obligado (por ejemplo, el funcionario o el tutor) o sencillamente el conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de tal posición, son irrelevantes para el dolo. El error sobré íá propia calificación de autor o sobre los presupuestos de liecho que la fundamentan, es determinante de un error de prohibición, el cual, según la opinión de Kaufmann, cuando se relaciona con las circunstancias fundamentadoras del deber será siempre disculpable y dará lugar a la impunidad

134 **"jz",** 1951, **p.** 178, con **comentario de Mezger (ps. 179/181). "' ' MDR", • 1950, ■ p. 119; "GA",.. 1953, ps. 161/166;.. *Materialien, t* fi'p:** 280. -: :

136 Ver *supra,* ps. 10/11 y 22/24.

[13T] Conf. sólo *Lebendiges und* ***Totes,*** p. **159, nota 227.**

del autor. El error inverso (suposición de una cualificación que no se da en la realidad), cualquiera que sean los objetos sobre que el error recaiga, obliga —consecuentemente— a la admisión de un delito putativo.

b) Según la teoría de Welzel —tomando como ejemplo los delitos de funcionario-^, en un principio, se consideró válido *lo* siguiente: la circunstancia de que alguien sea funcionario en el sentido del derecho penal, no significa otra cosa que a él le corresponde un especial deber de lealtad frente al Estado. Este mayor deber jurídico no es una circunstancia del hecho, sino un momento de la antijuricidad. La suposición errónea determina en estos casos un delito putativo, así como su falsa no suposición es constitutiva de un error de prohibición.

, : Welzel limita, sin embargo, ahora en forma similar a lo que ocurre en el delito de coacción, el ámbito relativamente extendido del error de prohibición: el deber jurídico especial y correspondientemente, la calidad de funcionario no depende sólo de que el autor sea funcionario en el sentido del derecho público o que se le hayan confiado tareas correspondientes a un servicio público [138], sino también de su representación subjetiva: tiene que darse, por tanto, el "conocimiento de las circunstancias fundamenta-dc-ras del deber, es decir, de la posición del funcionario" [13○]. De esta manera, los presupuestos de hecho del deber de lealtad no pertenecen por cierto al tipo penal, así como tampoco —en un sentido propio— a la antijuricidad. Ellos quedan confinados en una tierra de nadie: el error sobre estos elementos no es error de tipo, ni error de prohibición; sin embargo, excluye el deber jurídico y¿ por

[138] La concepción del Tribunal del Imperio según la 'cual la calidad de funcionario se fundamenta también en la realización de servicios que no tienen carácter soberano, en la medida en que ellos . son de. la esencia del cargo que se ocupa, no ha sido acogida por Welzel, *L.B.,* -p. 438 (6).

13» Conf. *L.B.,* p. 422 (4).

tanto, la antijuricidad. Para el error de prohibición sólo queda un caso: el del autor que a'pesar de su conocimiento de las circunstancias fundamentadoras no deduce de ellas su especial deber jurídico (= calidad de funcionario). Cómo debe resolverse el caso de la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras del deber, es una cuestión sobre la cual Welzel nada ha dicho. Conforme a la regla por la cual sólo la falsa suposición de un elemento del tipo es determinante de lentativa, habría que admitir, en este caso, un delito putativo.

Los demás elementos de la autoría deben ser tratados en la forma correspondiente[139].

c) Últimamente la formulación de Welzel se ha simplificado notablemente[140]: un error sobre la posición de funcionario o sobre sus presupuestos no impide el nacimiento del deber jurídico, sino la realización del tipo subjetivo. Ello no produce, sin embargo, consecuencias diversas. Un error de prohibición existirá, como hasta ahora, sólo cuando el autor yerra respecto del deber de funcionario que surge de su posición de tal. Al respecto, debe considerarse también de la misma manera el caso del empleado de un servicio privado que yerra sobre el *ca.*-rácter jurídico de su deber de prestar servicio. La errónea suposición de un deber de funcionario o de la existencia de elementos de la autoría, sigue siendo determinante de un delito putativo[141].

Lo mismo rige con respecto a los otros elementos de la autoría[142]. Su conocimiento es presupuesto de la realización del tipo. Al contrario, el error sobre el deber jurídico que surge de la posición del autor es un error de prohibición, y en los casos inversos, un delito putativo.

"» Conf. *L.B.,* p. 422 (4).
"o *L.B.,* ps. 419 (5), 463 (6).
[141] Así ahora expresamente, *L.B.,* ps. 62, 160 (5), 67, 170 (6).
i« *L.B.,* p. 463 (6).

d) La jurisprudencia llega a los mismos resultados, aunque, en parte, con distinta fundamentación. El RG resolvió primeramente que la calidad de funcionario era un elemento del tipo penal, sin hacer reserva alguna"[3]. El autor, conforme a ello, obra dolosamente cuando sabe de su calidad de funcionario en el sentido del derecho penal. En los restantes delitos especiales, hasta hoy es casi unánime la opinión de que el conocimiento de la especial calidad del autor es un requisito del dolo. Con respecto a los delitos de funcionarios, el RG —seguido ahora también por el BGH—[144] decidió más tarde limitar su punto de vista y ha sostenido "que la conciencia de la calidad de funcionario se da ya cuando el autor conoce los hechos de los cuales se deriva su situación oficial"[145]. Estos "hechos" no se diferencian sustancialmente de las "circunstancias fundamentadoras del deber" o de los "elementos de la autoría" en la terminología de Welzel. La jurisprudencia utiliza actualmente[14B] también las posibilidades que abre la teoría de la culpabilidad de atenuar, bajo ciertas circunstancias, la culpabilidad en los casos de un puro error sobre el deber. La doctrina sigue, en general, las líneas trazadas por la jurisprudencia [m].

Entre Welzel y la teoría dominante existe coincidencia en el tratamiento de la suposición errónea de la calidad de funcionario y de otros elementos de la autoría, como delitos putativos[148].

i« RGSt, 23, 374-377; RG, "GA", 42, p. 234.

[w]* BGHSt, 8, 323: Para el dolo resulta suficiente saber "que existen aquellos elementos que la jurisprudencia ha considerado como componentes del concepto de funcionario".

»« RGSt, 53, 131-132 (131); ídem: RGSt, 57, 365-367 (387); RGSt, 74, 105-109 (109); RG, "GA", 58, 173-174 (174); RG, "GA", 63, 432-433; OGHSt, I, 103-113 (106/107).

"• Conf. BGHSt, 8, 321-325 (324).

i« Conf., por ejemplo, Rohde-Ziegler, *L.K.*, 7* ed., § 359, nota 12.

148 **Esta difundida teorfa se apoya de todos- modos solamente en una afirmación corriente del Tribunal del Imperio en RGSt, 8, 200, del año**

5. *La falta de autorización*™.

En la medida en que Welzel, aún hoy, estima que la falta de autorización constituye un momento de la anti-juricidad, la suposición errónea de estar autorizado para la realización de una acción punible, determinará siempre un error de prohibición. Es indiferente que el error se refiera a los presupuestos die hecho de la autorización o a la autorización misma [15o].

La jurisprudencia del Reichsgerichts consideró que la falta de autorización constituía un elemento del tipo penal [151]. Hoy, la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de la autorización —en la medida en que ésta constituye una causa de justificación en particular—, es considerada como excluyente del dolo; en cambio, la creencia en una autorización inexistente, con conocimiento de todas las circunstancias de hecho, resulta un caso de error de prohibición [152].

Las divergencias respecto de los resultados se fundamentan, por tanto, en las distintas concepciones de la teoría estricta y restringida de la culpabilidad.

6. *La falta de permiso de la autoridad o policía*[153].

Se agrupan aquí, diversos puntos de vista del mismo modo que con respecto al elemento de la autorización. La

1883, de la cual el mismo Tribunal se distanció rápidamente ("GA", t. 32, p. 243); más tarde, en la jurisprudencia de la llamada "Ley de Protección de la Sangre" se aclaró que la tentativa de un sujeto inidóneo era expresamente punible (RGSt, 72,. 110). En realidad, la aceptación sin excepciones de un delito.putativo en los casos de creencia errónea en la propia calificación de autor no resulta totalmente consecuencia, si la calidad de funcionario se considera como elemento del tipo en toda su extensión; conf. al* respecto Bruns, *Der untaugliche Täter im Strafrecht,* agotando todas la$ indicaciones bibliográficas.

149 Ver *supra,* p. 12.

"O Conf. *L.B.,* ps. 149, 419 .(6).

iBi Conf. RGSt, 56, 148-149; RGSt,-. 27, 418-420 (419).

i" Conf. BGHSt, 3, 105-110.....

153 Ver *supra,* p. 12.

falta de permiso constituye para Welzel un momento de la antijuricidad, cuya suposición errónea no afecta el dolo[154]. La jurisprudencia y la doctrina, según su opinión predo' minante, excluyen el dolo en el caso de suposición errónea del permiso [155].

7. *El hecho previo en los casos de encubrimiento*[169].

Según la teoría dé Welzel, la problemática del error, en los casos de encubrimiento real y personal, recibe solu ciones algo diferentes.

En los casos de encubrimiento real, el autor sólo es punible cuando conoce la adecuación típica y la antijuricidad del hecho encubierto. Su punibilidad, así como la cualificación del delito, al contrario, no requieren ser conocidos por el autor. Si él supone erróneamente que sólo asegura al encubierto las ventajas que son producto de una contravención, por ejemplo, un hurto famélico, sólo se tratará de un error de prohibición que si es inevitable excluirá la pena. Al contrario, estaremos en presencia de un delito putativo cuando el autor cree erróneamente que la simple contravención o el hecho no punible que encubre constituirían un delito o un crimen. Si el error se apoya en la falsa subsunción jurídica del hecho previo o en el conocimiento errado de las circunstancias de hecho del delito que se encubre, resulta en ambos casos indiferente[157].

Con respecto al encubrimiento personal, no sólo la conciencia de la adecuación típica y la antijuricidad son elementos del tipo subjetivo, sino también la conciencia de la punibilidad del hecho previo. Un error

[1M] Conf. *L.B.,* ps. 149, 317 (6).

[168] Conf., por ejemplo, RG; "JW", 1930, p. 3857, con comentarios de Kern, "HRRV30, n' 2120; Schonke-Schröder, § 284, VI, p. 1024; *§ 330b, IIÍ, p. 1113; Nágler-Schinnérer, ¿.K;, 7» ed., § 284, IV, p. 573..

[158] Ver *supra,* ps. 12/13.

«* Conf. en todo *L.B.,* p. 321 (8).

sobre la "agravación de la antijuricidad" *(Höhenmarke der Rechtswidrigkeit),* o sea, la calificación errónea de una contravención como delito o crimen, es un error de prohibición y lleva al delito putativo en los casos inversos[1B8].

La jurisprudencia y la doctrina no hace diferencia alguna, con respecto a los elementos del dolo, entre el encubrimiento real y el personal. En particular hay muchos puntos discutibles; en términos generales, se requiere que el autor haya supuesto la punibilidad del hecho encubierto. Sin embargo, según el punto de vista predominante [159], ello no es suficiente todavía para dar lugar al dolo. Fuera de ello, el autor debe haber conocido además "los elementos del tipo penal de los cuales el tribunal deduciría la realización de un hecho punible previo a la comisión de un delito o de un crimen. Al contrario, no es necesario que el autor haya realizado la calificación jurídica del hecho. Cuando el autor ha entendido los elementos de hecho en el sentido de una contravención, mientras en realidad se trataba de un delito, su error resultará irrelevante"[160]. La posición de Welzel, que designa la caracterización del hecho como crimen o delito como una "agravación de la antijuricidad", no admite esta diferenciación. Para él se dará en ambos casos un error de prohibición.

Las diferencias pueden ser de interés práctico en la punibilidad de la tentativa en el caso del § 258, inc. 2. Si el encubridor toma para sí algo de los comestibles sustraídos en la creencia de que habrían sido obtenidos mediante la realización del tipo de robo, mientras que en realidad se trata de un hurto famélico, la teoría dominante deberá

i«s Conf. L.B., p. 424 (6).
i"» De manera diferente Binding, *Lehrb.*, 2, p. 651; *Normen,* II, p. 1085. 160 Nagler, *L.K.*, 7» ed., § 257, U, 5, p. 397, en conexión con RGSt, 31, 285-286.

aceptar aquí tentativa, así como la posición de Welzel fundamentará una absolución por delito putativo[m].

8. *La "obligatoriedad" y la "falta de autorización" en él derecho penal militar*[1] *[2].

Quien yerra sobre la "obligatoriedad" de la orden que le es impartida —no importa por qué motivos—, obra con error sobre la prohibición en todos los casos. Al contrario, quien incumple una orden que supone falsamente como obligatoria, comete un delito putativo. Esta solución coincide con el texto del § 22 del Código Penal Militar (WStG). Sólo el § 22, III, WStG, tiene la pequeña particularidad de que ciertos errores inevitables de prohibición no excluyen la culpabilidad, sino que simplemente tienen un efecto atenuante de ella.

Al contrario, el abandono de la tropa sólo será realizado "sin autorización" en el sentido de los § 15 y 16, WStG, *si* el autor ha sabido que carecía de permiso para ello [m].

III. *La adecuación social*[164].

Conforme a la nueva concepción de Welzel la adecuación social no excluye la tipicidad, sino la antijuricidad. El error sobre la adecuación social del hecho debe tratarse, en consecuencia, como un error sobre la prohibición [1W] Carece de toda significación que el autor se haya representado circunstancias que de existir habrían determinado la adecuación social de su acción, así como tampoco si ha conocido todas las circunstancias del hecho y creído en la adecuación social de él.

[191] Del mismo modo, también con una fundamentación divergente, Bockelmann, "NJW", 51, 620 y s.

[192] Ver *supra,* p. 14.

i« Conf. en todo *L.B.,* p. 73 (6). i«*

Ver *supra,* ps. 14/15. IM *L.B.,* p. 149 (6).

La jurisprudencia y la doctrina no se han hecho cargo todavía de esta cuestión. Ello se debe en parte a que la teoría de la adecuación social es rechazada en general[166]. Pero aun allí donde esta teoría, en principio, merece aceptación, el problema del error no ocupa el primer lugar dado que principalmente ella se aplica en el ámbito del delito culposo [10T]. Sólo recientemente Busch [168] ha manifestado con respecto al error sobre la adecuación social, "que esta difícil cuestión requiere una amplia investigación".

IV. *El deber jurídico en los delitos de omisión*[ia9].

1. *Los delitos impropios de omisión.*

Como ocurre con los elementos de la autoría, las reformulaciones del punto de vista de Welzel relativas al lugar sistemático de la posición de garante y de las circunstancias que la fundamentan, no tienen consecuencias prácticas significativas. No son los resultados los que se han modificado, sino sólo su fundamentación.

a) Conforme a la posición originaria, el autor realiza el tipo ya en la medida en que no ha evitado alguno de los resultados descritos en las prescripciones de la parte especial, a pesar de haber estado en condiciones de hacerlo. El deber de evitar el resultado, juntamente con sus presupuestos, no pertenece al tipo sino al deber jurídico y, por tanto, a la antijuricidad.

Consecuentemente, debería tratarse un error sobre tales elementos —cualquiera que sea el objeto sobre el cual recaiga— como un error de prohibición. Pero, sin embargo, no es así. Como ocurre en la coacción y en los elementos de la autoría, se distingue entre el deber jurídico y sus

[a(,<i] Conf. Maurach, *Parte general, ps.* 258/259, con extensa demostración.

i« Conf. *L.B.,* p. 74 (6).

'"» *Mezger-Festschr.,* p. 180.

[I(i3] Conf. *supra,* ps. 15/18.

presupuestos. El autor debe estar en claro con respecto a su posición de garante, para que su acción pueda calificarse de antijurídica en el sentido del tipo de comisión. Elementos tales como "matrimonio", "poder paterna]", "aceptación de hecho del deber contratual", "conducta precedente peligrosa", "estrecha relación de vida comunitaria con el lesionado", etc.[170], tienen que ser conocidos en el momento del hecho, aunque no sea necesario que el autor se los haya representado actualmente. Si el autor yerra sobre su existencia, tal error no excluye, por cierto, la adecuación típica, pero sí la antijuricidad, y con ello la posibilidad de una condena por el hecho culposo. Un error de prohibición sólo existe cuando el autor, en conocimiento de todas las circunstancias de su posición de garante, no supo que le incumbía un deber de evitar el resultado[171].

Welzel no explica expresamente cómo debería resolverse el caso de la suposición errónea de la posición de garante. A partir de las reglas que él admite, según las cuales sólo la representación errónea de las circunstancias de hecho tiene fuerza fundamentadora de la punibilidad por tentativa[172] y de su silencio en el tratamiento de los hechos omisivos tentados [m], podría deducirse que correspondería admitir impunidad por tratarse de un caso de delito putativo.

b) Recientemente la posición de garante se ha incluido en el tipo penal. Los presupuestos de la posición de garante no deben ser alcanzados por el "dolo" (entendido como la conciencia actual en el momento del hecho). Tal conocimiento se requiere, sin embargo (en el sentido de la posibilidad de reproducir tales circunstancias en la conciencia en cualquier momento), para la realización del tipo

«0 L.B., p. 420 (4).
[171] Conf. totalmente *L.B.,* p:' 420 (4).
«2 *L.B.,* p. 147 (4).
"» L.B., p. 161 (4).

subjetivo[174]. Si el autor no conoce los presupuestos de la posición de garante no estaremos en presencia de un error de tipo común, que dejaría abierta la consideración de la punibilidad por el delito culposo, sino que faltará un presupuesto del deber de evitar el resultado. El autor quedará absuelto —lo mismo que en la concepción anterior de Welzel—[175]. En cambio, un error de prohibición se aceptará, antes como ahora, cuando el autor cree, a pesar de conocer su posición de garante, que no le incumbe un deber de evitar el resultado "[8]. Tampoco se registran variantes respecto de la punibilidad por tentativa[177].

c) En la jurisprudencia y en la doctrina el problema del deber jurídico en los delitos de omisión es por demás discutido. En general, la discusión reside en si el deber de evitar el resultado pertenece al tipo o a la antijuricidad "[8]. La posición del RG ha sido durante largo tiempo cambiante y en las sentencias en materia de error no siempre clara. Desde la sentencia del RGSt, 58, 130-135, dominó la concepción de que no se trata de una cuestión del tipo, sino de la antijuricidad. De todas maneras, aparentemente, los presupuestos del deber jurídico pertenecerían al tipo penal. En efecto; en la sentencia RGSt, 66, 71-75 (74), se dijo que el acusado tuvo conocimiento de todas las "circunstancias de hecho"... "de las que se deriva su deber jurídico de intervenir activamente. No se requiere la prueba de que el acusado haya dirigido su pensamiento al deber jurídico mismo y que haya tenido una representación co-

«* L.B., p. 464 (6).

[175] Conf. *L.B.*, p. 173, y expresamente ps. 62 (5), 184 y 67 (6).

«8 L.B., p. 174 (5).

i« *L.B.*, ps. 62, 160 (5), 67, 170 (6).

[178] Para otros se trata de la cuestión de la acción, de la causalidad, de la culpabilidad o del merecimiento material de una pena; conf., al respecto, Nagler-Mezger, *L.K.*, apéndice 2 de la introducción, p. 35. La teoría totalmente divergente, de Hellmuth Mayer, *Lehrbuch*, ps. 111 y ss., tampoco puede tratarse aquí pormenoiizadamente.

rrecta de él". Esta decisión se ubica íntegramente en la línea de Welzel.

El BGH, que pareció seguir esta posición "' —aunque no expresamente— en sus primeros tiempos, más tarde se ha apartado de ella. Según esta nueva posición, el deber de evitar el resultado también pertenece al tipo y tiene que ser alcanzado por el dolo[180]: "La suposición errónea del acusado de que no estaba obligado a la publicación [m] no sería un error de prohibición, sino un error de tipo y, por tanto, excluyente del dolo aun en el supuesto de ser culpable. Pues en los delitos impropios de omisión el deber jurídico especial de actuar pertenece al tipo, y no a la antijuricidad". En consecuencia, mientras la teoría de Welzel llega a afirmar la existencia de un hecho doloso, el BGH puede todavía aplicar la pena de un delito culposo.

Si es o no posible deducir de esto que el BGH aplicaría la pena del delito tentado en los casos de suposición errónea de un deber jurídico que no existe "en absoluto, es una cuestión que permanece abierta.

En los últimos tiempos parece abrirse paso una nueva orientación en la jurisprudencia del BGH. El primer Senado ha reconocido que en el supuesto de un error sobre el deber de evitar el resultado sería posible admitir un error de prohibición, aunque el caso no ofrecía un punto de apoyo como para una fundamental decisión con respecto a jesta cuestión[lM]. Es preciso aún esperar para ver si este desarrollo continúa.

La opinión predominante en la doctrina incluye el deber de evitar el resultado en el tipo penal[183] sin limita-

[179] Conf. la demostración en Welzel, *L.B.,* p. 185 (6).

"o BGHSt, 3, 82-90 (89); del mismo modo, BHGSt, 4, 327-331 (331).

[181] Por tanto, para realizar una acción.

[182] LM, nota previa al § 47, StGB, n« 10.

183 Nagler-Mezger, apéndice 2 de la Introducción al *L.K.,,ps.* 33 y ss.; también Nagler, "GS", 111, ps. 1/131; Mezger, "NJW", 53, 5: Maurach,

ción alguna y considera *cfue* el error sobre él excluye el dolo. También aquí se percibe la distinción entre el deber jurídico mismo y sus presupuestos objetivos. El error sobre los presupuestos exteriores de la posición de garante se considera un error de tipo, así como un error sobre el deber jurídico con pleno conocimiento de las circunstancias de las cuales éste surge, constituye un error de prohibición [184]. Entre la posición de Welzel y ésta, la diferencia consiste solamente en que la última —al contrario de Welzel— puede llegar a aplicar la pena del delito culposo en los casos de desconocimiento evitable de las circunstancias que fundamentan el deber jurídico. Con respecto a la cuestión de la tentativa en los casos de suposición errónea de los presupuestos de la posición de garante —en la medida en que ella sea posible— no se ha tomado posición.

2. *Los delitos propios de omisión.*

Para Welzel surgen aquí soluciones claras. La situación fundamentadora del deber, p.ejemplo la desgracia en el supuesto del § 330c o la existencia de un serio plan para la comisión de un delito en el § 138, etc., pertenece al tipo objetivo[185]. No es necesario para la realización del tipo subjetivo que el autor haya extraído del conocimiento de esta situación la existencia de su deber de acción. Un error sobre el deber de acción es un error de prohibición. Dado que la punibilidad de la tentativa en los delitos de omisión propíos no es admitida por Welzel, no surgen aquí problemas referentes a la tentativa.

La jurisprudencia reciente es oscilante. En RGSt, 75, 160-165 (163), se dice[180]: "El autor del hecho punible

Allg. TeÜ, ps. 172 y 236; Schröder, "ZStW", 65, 203/204; Gallas, "JZ", 1952, p. 37.

¡" Conf. Busch, *Mezger-Festschrift,* p. 178; Börker, "JB.", 1956, ps. 87/90.

[185] Conf., al respecto, *supra,* ps. 17/18.

[188] Aunque según el hecho juzgado el Tribunal del Imperio hubiera

del § 330c, StGB, tiene que ser consciente de su deber dé prestar ayuda... su dolo debe comprender el conocimiento del deber y la conciencia de lesionarlo". En lo fundamental el BGH no ha tomado posición todavía con respecto a esta cuestión; aparentemente, sin embargo, tiende a no elevar el conocimiento del deber jurídico de actuar ä la categoría de elemento del dolo[187].

En la doctrina, el deber de obrar es considerado a veces como un elemento del tipo, también por los partidarios de la teoría de la culpabilidad[188]; más a menudo se percibe la tendencia a distinguir en modo similar a como lo hace Welzel[189].

V. *La lesión del deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*[190].

La cuestión de si la negligencia constituye un puro problema de culpabilidad o si, como lo sostiene Welzel y ahora la posición que va ganando terreno [19]\ la lesión de un deber objetivo de cuidado debe comprobarse ya en el ámbito de la antijuricidad, carece de consecuencias prác-

podido conformarse con el conocimiento de la situación fundamentadora del deber; conf., al respecto, Busch, *Mezger-Festschrift,* p. 179.

IST BGHSt, 2, 297, y el mencionado fallo en "LM", n« 10, antes del § 47; por tanto, carece casi de derecho Maurach, *Parte general,* p. 234, cuando escribe: "Por cierto que hasta ahora sólo lian sido resueltos casos de delitos impropios de omisión. Pero si los elementos no escritos del tipo (como el deber de actuar de los hechos de omisión impropios) deben referirse al dolo, es evidente que ello rige también para el deber de ayuda expresamente descrito en el Código Penal".

J8S Especialmente claro Maurach, *Parte general,* ps. 233 y *ss.*

[188] En este sentido, Dalcke, § 330c, nota 5, p. 343: "El error sobre k contrariedad al deber de la omisión que no se funda en el error sobre un hecho es un error de prohibición"; Schwarz, § 330c, 2, p. 776: "Quien a pesar del conocimiento de los hechos relevantes no alcanza á' percibir su deber de ayuda por comportarse negligentemente, comete un error dé prohibición, y es punible por el hecho doloso".

[lfl0] Ver *supra,* p. 18.

i»! .BGHZ,24, 21; Henckel, *Mezger-Festschrift,* ps. 282/283; Maurach, ps. 472 y ss.; Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit;* y *otrosí' '-'■"*

ticas en el derecho penal. Pues, al no reconocerse en su ámbito ni la tentativa de delito culposo ni el error de tipo, el único supuesto de error posible es el caso de quien cree que el cuidado, que está obligado a aplicar, no le incumbe. Para ambas concepciones se trata aquí de un error de ¡prohibición.

B) LA SIGNIFICACIÓN DOGMÁTICA DE LOS TIPOS ABIERTOS Y DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

I. *El desarrollo de la teoría del tipo.*

Para alcanzar un conocimiento claro de la significa-'ción dogmática de las nuevas concepciones de Welzel con respecto al edificio teórico de la parte general y en especial para la teoría del tipo penal, es preciso considerarlas en su 'desarrollo histórico. Naturalmente, no puede constituir una atarea de este trabajo —dedicado a una cuestión específica— la exposición de la historia de la teoría del tipo penal[192]. Tendremos que conformarnos con un panorama restringido y simplificado que se limite a lo esencial. Al distinguir diversas etapas de desarrollo somos conscientes del hecho de que ello es sólo un medio auxiliar de la exposición del tema y de que, en realidad, el pasaje de unas concepciones a otras tiene un carácter fluido; asimismo, del hecho de que las teorías correspondientes a cada etapa de la evolución a menudo se superponen temporalmente.

Bajo tales reservas es posible apreciar en la historia de la teoría del tipo las siguientes etapas:

1. *El tipo penal valorativamente neutro.*

Beling elaboró por vez primera el concepto de tipo en su obra *Die Lehre vom Verbrechen* (1906) y le asignó un

[192] Conf. la exposición de Schweikert, Die *Wandlungen* ***der Tat****bestanddehre seit Beling,* 1957.

significado claramente independiente frente a la antijuricidad y a la culpabilidad. De esta forma se convirtió en el fundador de la moderna teoría del tipo. A él se conecta todo el desarrollo posterior[193]. • ...

Según la concepción de Beling, el tipo penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito [1M]. El tipo penal es objetivo y valorativamente neutral. Ambas características requieren una breve aclaración.

a) La objetividad del tipo penal. La objetividad del tipo penal significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor[195]. Todo suceso subjetivo, trascurrido en el interior anímico del autor, no corresponde al tipo penal-fe) *La neutralidad valorativa del tipo penal.*

El tipo es "puramente descriptivo; las prescripciones normativas se conectan a él, pero nada más"[198]. "En el tipo-penal no se da juicio de valor alguno" [m]. Estas y otras formulaciones de Beling condujeron en su tiempo a malos entendidos. Precisamente para la teoría de los tipos abiertos resulta aquí de importancia hacer una doble distinción:

aa) Con la expresión "el tipo es valorativamente neutral" puede afirmarse, en primer lugar, que el tipo no contiene ningún juicio de valor del legislador. Este es el sentido en el cual Beling entendió la neutralidad valorativa. "A través de la inclusión de la acción en la ley no

[193] Las modificaciones que Beling llevó a cabo en su concepción del tipo penal en 1930 en *Die Lehre vom Tatbestand,* quedan fuera de consideración en este panorama histórico. A ella nos referiremos en **otro lugar** pormenorizadamente.

i»* Conf. *L.v.V.,* ps. 110 y 178.

ios *L.v.V.,* ps. 76, 77, 178.

i»[8] *L.v.V.,* p. 112.

[197] *L.v.V.,* p. 146.

se expresa una valoración jurídica de ella" [m]. "La comprobación de que alguien ha realizado un tipo penal, no constituye todavía un cargo. La investigación de la tipicidad se mantiene en un terreno estrictamente neutral"[199]. "En el tipo penal mismo no se reconoce una significación jurídica" [2on]. El tipo es "puro con respecto a los momentos de la antijuricidad"[201], con lo cual se quiere decir que en él no hay elementos que contengan un juicio sobre el carácter antijurídico de la acción. La comprobación de que alguien ha matado a otro (con lo que para Beling estaría dado el tipo del § 212 del Código Penal) no permite deducir consecuencias respecto de la antijuricidad de la acción[202]; por cierto que .la acción pudo ser realizada en deferlsa necesaria, en guerra, o ser la acción de un verdugo. Sin duda que también Beling habla de que la realización del tipo podría ser un indicio de la antijuricidad[203]; con tal afirmación sólo quiere expresarse que una acción típica en muchos casos puede también ser antijurídica, pero no que la comprobación de la tipicidad contenga ya la valoración del hecho como antijurídico o que la indique. Beling mantiene esta posición inclusive allí donde a primera vista parecería insostenible, como en el caso del § 113 del Código Penal. El punto de vista de Beling es aquí especialmente instructivo, ya que Welzel entiende que el tipo del § 113 importa un "tipo abierto" [204]. Al contrario dé lo que opina Welzel, para Beling es obvio que la "adecuación al derecho del ejercicio del cargo" pertenece al tipo del § 113. Sin embargo, opina que la comprobación de que alguien "ha resistido a un funcionario que obraba

[103] *Grundzüge,* p. 22.
[n] *L.v.V.,* p. 147.
200 *L.v.V.,* p. 112.
[2]"i *L.v.V., p.* 145.
*02 Conf. *L.v.V.,* p. 112.
[20]» *L.v.V.,* ps. 162/163.
[204] Ver *supra,* p. 8.

en legítimo ejercicio de su cargo" no contiene aún una valoración jurídica del hecho, dado que quien se resiste podría haberlo hecho en un estado de necesidad supralegal[205].

bb) Pero con la "neutralidad valorativa" del tipo no sólo se quiere designar la neutralidad valorativa frente al legislador, sino también frente al juez. El tipo es valorativamente neutro, en este sentido, cuando todos los elementos contenidos en él provienen del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales y el juez sólo debe comprobarlos sin necesidad de valorar. Tal concepto de tipo penal se designa hoy como "descriptivo", mientras que todos los elementos que requieren una valoración judicial para su determinación se caracterizan como "normativos"[200].

Aunque Beling mismo ha llamado a su concepto del tipo penal "puramente descriptivo", no ha entendido estas expresiones en el sentido de neutralidad" respecto de las valoraciones judiciales. Más tarde ha escrito Beling que "puramente descriptivo" sólo quiere decir "que un comportamiento humano no resulta normado como antijurídico por el tipo penal"[20T]. Con respecto a la cuestión de si el tipo contiene elementos normativos, es evidente que Beling no pudo tomar posición de ninguna manera en la aparición de su *Lehre vom Verbrechen* (1906), ya que la calidad de las circunstancias de hecho en aquel tiempo no había sido todavía descubierta. Beling no tuvo dudas de que los elementos hoy considerados "normativos" forman paite del tipo penal; más tarde lo reconoció expresamente[20S]. Por cierto que en el tratamiento del error de subsunción se acerca a la concepción de que el tipo tiene

[205] Lo quo es muy dudoso; ver *infra,* ps. 121/125.

[206] Sobre los elementos normativos, pormenorizadamente, Engisch, *Met ger-Festschrift,* ps. 127/163.

[2oT] *Lehre vom Tatbestand,* 1930, p. 10. 208

uhre vom Tatbestand, p. 10.

carácter descriptivo, en la medida en que enseñó que es suficiente según el § 59 del Código Penal, que el autor haya conocido todos los "momentos de hecho" *(tatsächlichen Momente)* de un elemento del tipo[209]. Pero de tales afirmaciones no puede deducirse una clave profunda; Be-ling no pudo ser consciente en ese tiempo de la imprecisión de la expresión; sólo quiso decir que no es posible exigir al autor una subsunción jurídicamente exacta, lo cual, por lo demás, es hoy reconocido.

2. *El descubrimiento de los elementos normativos.*

La teoría del tipo penal tuvo un significativo impulso como consecuencia del descubrimiento de los elementos normativos del tipo hecha por Max Ernst Mayer [21]o. De todos modos, M. E. Mayer no alcanzó todavía a separarse de la posición de Beling en forma completa. Por ese motivo tuvo que pagar sus nuevos conocimientos con la pérdida del carácter unitario de su concepción del tipo, como lo demuestra el panorama siguiente.

En la concepción del tipo penal de M. E. Mayer hay que distinguir la regla de la excepción.

Por lo general el tipo es valorativamente neutro. Aunque Mayer no lo expresa claramente, por oposición a Beling, utiliza la expresión en ambos sentidos arriba comentados. Él cree, aparentemente, seguir las huellas de Beling, sin tomar en cuenta que amplía el concepto de neutralidad valorativa.

El tipo es ante todo neutral desde el punto de vista de la valoración del legislador. Sólo la antijuricidad expresa un juicio de valor de parte del legislador[211]. Ella debe separarse claramente del tipo[ai2]. Mayer subraya con mayor

20» *Lv.V.,* ps. 188 y ss.
210 *Lehrbuch,* ps. 182/185.
311 ***Lehrbuch,* p. 10.**
313 ***Lehrbuch,* p. 9.**

precisión que Beling el carácter indiciario del tipo penal con relación a la antijuricidad y su carácter de más importante fundamento para su conocimiento [213]. El tipo guarda respecto de la antijuricidad la misma relación que el humo con el fuego: El humo no es fuego ni contiene fuego, pero mientras no se pruebe lo contrario indica la existencia de fuego[214].

El tipo es, también, sin embargo, básicamente libre de elementos que requieren una valoración judicial. En el estado alcanzado hoy el tipo es descriptivo, pues contiene solamente "elementos, cuya realización ocurren en el mundo exterior, o sea que son perceptibles por medio de los sentidos"[215] y que pueden, en consecuencia, ser comprobados mediante la realización de un juicio cognitivo.

El tipo penal de M. E. Mayer, podría decirse, resulta en este sentido "más neutral" que el de Beling.

La gran trasformación surge de los elementos normativos del tipo. Ellos hacen vacilar por primera vez la teoría de la neutralidad valorativa del tipo penal.

Mayer menciona como ejemplos la "ajenidad" de una cosa (§ 242 y 303), la "falsedad" de un hecho (§ 153, 164 y otros), la "honestidad" de una joven (§ 182), el "mal trato" (§ 223) y la "peligrosidad" (p. ej. en el § 330)[21G].

Si ahora exponemos en una clara sucesión, las argumentaciones de M. E. Mayer y le agregamos las correspondientes conectivas lógicas expresándolas escuetamente, tendremos el siguiente desarrollo:

a) Habitualmente los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos.

h) Esta característica no se da en el caso de los elementos normativos: la ajenidad de una cosa o la honesti-

[313] *Lehrbuch,* ps. 10 y 52.
[214] Conf. *Lehrbuch,* ps. 10 y 52.
215 *Lehrbuch,* ps. 7, 183.
[lfi] *Lehrbuch,* p. 182.

dad de la joven no se las puede captar por medio de la percepción sensorial. Su determinación requiere una valoración.

c) Las valoraciones no pertenecen al tipo básicamente, sino a la antijuricidad.

d) Por tanto, los elementos normativos son "auténticos elementos de la antijuricidad"[1217]. Ellos no denotan la antijuricidad, sino que la fundamentan; no son *ratio cognoscendi,* sino *ratio essendi* de la antijuricidad[2,s]. Se trata "de aquellos componentes del resultado antijurídico que sólo tienen significación determinadora de un valor" [219].

e) Estos elementos no sólo entran exclusivamente en el campo de la antijuricidad, "pues sin duda la ley los computa entre las circunstancias de hecho del § 59"[220]. Dado que en estos casos se trata, de todos modos, de elementos de la antijuricidad, resultan ser "cuerpos extraños" dentro del tipo penal valorativamente neutro; por ese motivo se los designa como "elementos impropios del tipo penal" "". "Los elementos normativos apoyan uno de sus extremos en el tipo legal y el otro en Ja antijuricidad"[221].

Claramente puede verse cómo Mayer ha conectado las dos significaciones de neutralidad positiva, en sentido positivo y en sentido negativo, uno con otro en forma indisoluble: el hecho de que el tipo no sea puramente descriptivo, significa que a la vez penetran en él elementos de la antijuricidad tornándose borrosos los límites de ambos conceptos. Se verá que la cuestión de la corrección de la concepción de Mayer tiene gran significación para la teoría de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico[222].

2" *Lehrbuch,* p. 184.
218 *Lehrbuch,* p. 185.
21» *Lehrbuch,* p. 183.
22« *Lehrbuch,* p. 184.
221 *Lehrbuch,* p. 182.
[212] Conf. *infra,* ps. 146/152, 280 y 290/294.

Sin embargo, Máyer permanece en la opinión de que los elementos normativos del tipo sólo constituyen casos particulares. Los tipos penales tienen básicamente ama función indiciaría. El carácter fundamentador de lo injusto que poseen los elementos normativos, representa una excepción.

Las opiniones de Mayer pueden ser atacadas en particular [223]; su idea fundamental ha impulsado decididamente la teoría del tipo penal.

3. *El tipo penal como juicio de disvalor provisorio y la inclusión de elementos subjetivos.*

a) La parte objetiva del tipo.

aa) La inclusión de elementos normativos.

El descubrimiento de los elementos normativos del tipo se impuso rápidamente[224]. Enseguida se vio que las características atribuidas a estos elementos: no percepción sensorial y comprobación sólo en virtud de una valoración, se daban en gran número de elementos del típo, mayor que el supuesto por M. E. Mayer. En Mezger[225] ya se encuentra un crecido número de elementos normativos clasificados en tres grupos: jurídicos, culturales y subjetivos, según que se trate de criterios de valoración tomados de las normas jurídicas, de la concepción cultural, o del arbitrio judicial subjetivo. De modo similar ha distinguido Grünhut[226] conceptos normativos específicamente jurídicos y conceptos normativos generales[227]. El desarrollo al-

223 Verbigracia, en la elección de los ejemplos (a este respecto Mezger, *Vom Sinn,* p. 12) o en el punto de vista de que los elementos nor mativos se diferencian de los descriptivos en que no están en una vincu lación causal con la realización de la voluntad; volveremos sobre el tema.

224 Conf. con respecto al desarrollo, Engisch, *Mezger-Festschr.,* ps. 127/163.

22« *Vom Sinn,* ps. 41/46.

228 *Begriffsbildung,* ps. 5/7.

227 Otras diferenciaciones en Engisch, *Mezger-Festschr., ps. 146, 142.*

canza provisionalmente su punto máximo en Erik Wolf. Según él, aun en el caso de conceptos supuestamente sólo descriptivos como "cosa" y "persona", no es posible establecer una delimitación sin una valoración judicial. Por tanto, *todos* los elementos del tipo son, para él, normativos [22S]. "La descripción de hechos y la valoración de hechos no son separables"[229]. Los tipos son una "entrecruzada e indisoluble estructura de elementos valorativos y del ser"[2M]. De esta manera, desaparece la descriptividad del tipo penal —mantenida todavía en lo fundamental por M. E. Mayer—. El tipo se ha ido convirtiendo en una estructura normativa.

bb) Las relaciones entre tipo y antijuricidad.

La conexión realizada por M. E. Mayer de las significaciones de la neutralidad valorativa, permanece. Cuanto más se tiende a ver en los elementos del tipo elementos normativos y a reconocer que los elementos de la esfera del ser y los de la esfera valorativa están entrelazados unos con otros, resulta cada vez menor la posibilidad de sostener una tajante separación entre la valoración y el objeto de la valoración. Las consecuencias que de aquí surgen han sido más claramente puestas de manifiesto por Mez-ger[230], después de Sauer[231]. Mezger considera como "antinatural la separación de antijuricidad y tipicidad", y expresa[232]:

"En realidad la cosa es así: el acto de creación legislativa del tipo. . . contiene ya directamente la declaración de su antijuricidad, la fundamentación de lo injusto como injusto especial tipificado. El legislador crea mediante la

[228] *Typen der Tatbestandsmässigkeit,* ps. 56/61; *Sachbegriff im Strafrecht,* RGR-Praxis, t. 5, ps. 44/71, especialmente ps, 54/55. [228] *Typen,* p. 11.

[230] *Vom Sinn,* p. 11.

[231] Ver p. 65.

[232] *Vom Sinn,* p. 11.

formulación del tipo penal la antijuricidad específica: la adecuación típica de la acción no es mera *ratio cognoscen-di,* sino auténtica *ratio essendi* de la antijuricidad especial. La adecuación típica convierte a la acción en acción antijurídica, naturalmente no por sí sola, sino en vinculación con la falta de especiales fundamentos que excluyen la antijuricidad.

"El tipo penal es un juicio por el cual se establece que la acción subsumida en él constituye un injusto mientras no se demuestre lo contrario".

De esta manera, el tipo, por oposición a la opinión de Beling y a la concepción fundamental de M. E. Mayer, deja de ser objeto de la valoración y pasa a contener ya directamente la valoración de todos los hechos que le son subsumibles. La diferencia entre tipo y antijuricidad sólo reside en lo siguiente: el "juicio de disvalor jurídico"... emitido en el tipo "es provisorio" [233].

Esta concepción, que sitúa el juicio de antijuricidad en el tipo penal con reserva de una ulterior y excepcional justificación, rompe definitivamente con la neutralidad valorativa del tipo. Ella ha encontrado numerosos seguidores.

Ya antes que Mezger había expresado Sauer, *Grundlagen des Straf rechts,* 1921, que el tipo es sólo la "matriz concreta de la antijuricidad" (p. 307), "una imagen incompleta de la antijuricidad" (p. 368), "una irradiación de la antijuricidad" (p. 309, nota 1), "una antijuricidad típicamente acuñada" (p. 310). En el mismo sentido, también Hegler, "ZSt", 36, 1915, p. 35. Ademas, Grünhut, *Begriffsbildung* (p. 5): Los juicios judiciales de valor están tipificados en el tipo penal; Erik Wolf, *Typen,* ps. 56-61: la separación de tipo y antijuricidad carece de valor teórico; el tipo penal es injusto tipificado; Frank, 18* ed., p. 5; VOD

MS Mezger, *Vom Sinn,* p. 7.

Hippel, t. 1, 1925, ps. 1$ y 20; t. 2, 1930, p. 189; v. Liszt-Schmidt, 26* ed., p. 185: el establecimiento de un tipo en la ley significa una declaración de la antijuricidad. Conf. también p. 186, nota 14, *in fine:* Mezger coincidente.

Hoy: H. Mayer, *Lehrbuch,* p. 107; Sauer, *Allg. Strafrechtslehre,* 3? ed., 1955, ps. 63-66; probablemente también Maurach, *Allg. Teil,* p. 258 (a pesar de su invocación de M. E. Mayer): en el tipo yace un juicio general y provisorio de disvalor sobre el hecho.

b) *Los elementos subjetivos del tipo*[234].

La teoría de Beling sobre la objetividad del tipo penal fue rápidamente conmovida. H. A. Fischer[235], Hegler[236], M. E. Mayer[237] y Mezger[238] descubrieron que en muchos casos lo injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor —por tanto, de momentos subjetivos, anímico-interíores—, sin que por ello se trate de elementos de la culpabilidad. En la medida en que, como se ha explicado más arriba, se concibe el tipo del derecho penal sólo como la tipificación de lo injusto, estos elementos, en tanto fundamentadores de lo injusto, se trasforman al mismo tiempo en elementos subjetivos de lo injusto[239]. Sin embargo, se permanece todavía en lo fundamental dentro de la posición de Beling, cuando estos fenómenos se consideran como "excepciones" y los sucesos anímico-interíores "por regla general" *como* pertenecientes exclusivamente a Ja culpabilidad M0 .

[234] Sobre este desarrollo pormenorizado y profundamente, Sieverts, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht,* es pecialmente ps. 4/90. Dentro de los límites de nuestro tema no es posible exponer el desarrollo de esta teoría.

235 rj)fe *Hechtsividrigkeit,* 1911.

[238] *Die Merkmale des Verbrechens,* "ZStW", 36, 1914, p. 19.

237 *Lehrbuch,* ps. 185/188.

238 "GS" t. 89, ps. 209/312; *Vom Sinn,* ps. 13 y ss.; *LB.,* 168-173.

[239] Conf. Mezger, *L.B.,* p. 190.

[24]◇ Mezger, *L.B.,* p. 170.

4. *El tipo como juicio de disvalor incondicionado.*

Dos circunstancias impulsan el desarrollo del concepto de tipo.

o) La concepción según la cual el tipo penal constituye un juicio provisorio de disvalor tropezó siempre con el mal entendido de que ella considera un hecho justificado como si fuera "en sí antijurídico", con lo que empuja a la acción y al autor al campo de lo injusto de un modo ajeno a la vida y enfermizo, respectivamente [241]. Mezger, al contrario, ha subrayado, con razón, que se necesitaría "no caer en el error de caracterizar la realización del tipo como antijurídica en sí misma"[242], si es que se quiere sostener que el tipo es un juicio de disvalor provisorio. Sin embargo, hay que reconocer que para un no-iniciado no hay gran diferencia en considerar el matar en defensa necesaria como un comportamiento que se subsume "provisoriamente" bajo un juicio jurídico de disvalor, o bien que se entienda que es "en sí antijurídico". Si no se quiere volver a ía concepción del tipo valorativamente neutro de Beling, estas dificultades sólo pueden superarse introduciendo en el tipo todos los elementos determinantes de lo injusto, de tal manera que luego ninguna conducta justificada podrá adecuarse al tipo. De este modo, el tipo deja de ser un juicio de disvalor "provisorio" para convertirse en otro "definiti-
VO .

b) Más poderosa es todavía una segunda objeción, formulada últimamente por Lang-Hinrichsen[2*3]. *"Ratio essendi* (de la antijuricidad) no puede serlo aquello que sólo contiene una parte de los elementos de un fenómeno". Por

[241] En este sentido, especialmente Hofacker, en varias publicaciones; conf. p. ej., "ZStW", 43, 1922, ps. 649/674, especialmente ps. 649/656; tam bién Dahmn, *Verbrechen und Tatbestand,* 1935. .

[242] Vom Sinn, p. 7.

2« "JZ", 1953, p. 363, nota 6. .

tanto, Lang-Hinrichsen amplía los tipos penales descritos en cada parágrafo con los elementos del tipo no escritos (elementos complementarios del tipo penal), incluyéndolos en un tipo-total que abarca todos los momentos fundamentadores de la antijuricidad y en el cual tienen cabida los que fundamentan el deber de evitar el resultado en los delitos impropios de omisión (elementos del deber de acción) y los elementos que fundan la exclusión de la antijuricidad (elementos de la justificación) [244]. Consecuencia de esto es que la afirmación de la adecuación típica de una acción en el sentido de tipo-total determina *eo ipso* la antijuricidad. Se trata, por consiguiente, de un desarrollo ulterior de la teoría del tipo de injusto: si el tipo debe fundamentar lo injusto, es preciso que contenga la totalidad de los elementos determinantes de lo injusto, y no sólo una parte de ellos. Con relación a la función determina-dora de lo injusto no existe ninguna diferencia entre los elementos del tipo descritos en las prescripciones particulares de la parte especial y los elementos de las causas de justificación o del deber de acción.

Esto no es nuevo. Esta concepción fue formulada hace ya más de veinte años por Engisch[245] y Radbruch[24e] "La conducta típica es *eo ipso*. . . injusto", escribe Engisch; •y Radbruch dice: "Si existe adecuación típica se da entonces al mismo tiempo la antijuricidad".

La teoría según la cual el tipo se extiende a todos los elementos decisivos para lo injusto, o que afirma que por lo menos el dolo sólo se da cuando el autor ha obrado con conocimiento de todas las circunstancias determinantes de lo injusto, es seguida hoy tanto por representantes de la teoría final de la acción —como Schaffstein[247], von We-

244 «JR», 1952) ps. 306/307; "JZ", 1953, p. 363.
348 *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit,* p. 12.
248 *Frank-Festgabe,* t. I, ps. 164/166.
*« "MDR", 1951, ps. 197 y ss.

ber[248], Busch[249]—, como por opositores a ella ′■—tal el caso de Lang-Hinrichsen[250] y Schröder[251]—, y finalmente, por autores que mantienen una posición neutra[1]: Arthur Kaufmann[252] y Lange[25]*. Ella importa, precisamente, el polo contrario con respecto a la primitiva posición de Beling en lo referente a las relaciones entre adecuación típica y antijuricidad. El tipo concebido objetiva y descriptivamente, valorativamente neutral y claramente separado de la antijuricidad ha devenido en la expresión de la valoración jurídico-penal de lo injusto, habiendo pasado por diversas etapas intermedias. Es, por tanto, impensable un desarrollo en esta dirección, que vaya más allá. Sólo es posible un movimiento hacia atrás.

II. *La posición de Welzel en el desenvolvimiento de la teoría del tipo penal.*

En la discusión sobre la teoría de los elementos del deber jurídico, repetidamente se ha apuntado que Welzel, con su concepción del tipo penal, realiza un retorno a Beling[254]. Trataremos de comprobar si esto es correcto, pero a la vez ampliaremos el campo de problemas, con el objeto de preguntarnos cómo se relaciona el concepto de tipo penal de Welzel, no sólo con el de Beling, sino también con las otras fases del desarrollo de la teoría del tipo.

Separaremos en este análisis el tipo objetivo del subjetivo, y dentro del objetivo otra vez, conforme a los significados de neutralidad valorativa ya mencionados.

[2]« *Mezger-Festsch.,* ps. 187 y 189.

[249] Por lo menos en sus puntos fundamentales: *Mezger-Festschr.,* ps. 180/181.

[250] Ver las notas 243 y 244.

251 "zStW", t. 65, 1953, ps. 185/186, 193 y ss.

252 "jz", 1954, ps. 653/659.

253 »jz», 1953, p. 14.

¡w* Gallas, "ZStW", t. 67, 1955, p. 23; Lange, "JZ", 1953, p. 13; Lang-Hinrichsen, "JR", 1952, p. 356; Schröder, "ZStW", t. 65, 1955, p. 18.

1. *El tipo objetivo.*

a) La relación del tipo con la antijuricidad.

aa) Los tipos abiertos.

Los tipos abiertos son valorativamente neutrales. Ya hemos visto que aun cuando se les asigne carácter indi-ciario respecto de la antijuricidad[255], es posible concebirlos como valorativamente neutrales frente a la antijuricidad. Sin embargo, cuando Welzel va más allá y niega a los tipos abiertos —tal como corresponde a su esencia— la función indiciaría de lo injusto, resulta obvio que la realización dé] tipo ni siquiera señala la existencia de un disvalor jurídico. Esto se demuestra con una larga serie de ejemplos dentro del catálogo de los elementos del deber jurídico. El juramento falso prestado ante una autoridad totalmente incompetente (§ 154), la resistencia contra la acción antijurídica de un funcionario (§ 113), el "encierro" en un compartimiento del ferrocarril (§ 239), caminar por el propio jardín (§ 368, inc. 9), en todos estos casos habría acciones típicas. La costumbre de considerar a los elementos del deber jurídico como componentes del tipo penal, permitirá comprender que la realización de estos tipos penales liberados de tales elementos no constituye ni un injusto, ni tampoco importa un juicio provisional de disvalor *(supra,* I, 3) o un indicio de la antijuricidad del comportamiento[256].

En este desarrollo, el retorno a Beling es sólo condicionado. Entre Welzel y Beling existe coincidencia respecto de la "neutralidad valorativa" en el sentido en que la hemos discutido aquí. Pero, de todos modos, ambos llegan a este resultado en virtud de diversos fundamentos. Be-

[255] As! ya en principio Beling (conf. *supra,* p. 58) y claramente M. E. Mayer (conf. *supra,* p. 60).

[256] En un análisis más preciso veremos que el concepto de indicio es oscilante, no permite en todos los casos una diferenciación de los tipos abier tos y los cerrados; ver *infra,* ps. 88/89.

ling no tendría duda alguna de que los elementos del deber jurídico de Welzel pertenecen al tipo. Así lo dijo cori^íres-pecto al ejemplo del § 113, que es un ejemplo modelo ¿fe Welzel[257]. Beling concede incluso que tales tipos pérMés "albergan en sí un elemento particular de la añtijuricidad"[258], y censura el punto de vista de Donna, de qué rio hay posibilidad de extraer nada del tipo penal referido a la añtijuricidad[2r,a]. A pesar de ello, Beling se mantiene dentro de la concepción de que el tipo, como totalidad; rio contiene la valoración de lo injusto.

Mientras Beling llega a la neutralidad valorativa corrió consecuencia de una concepción esencial distinta, dándole al tipo penal el mismo contenido objetivo que las teorías posteriores, Welzel transita otro camino para llegar ä ésa meta, reduciendo el contenido del tipo, que entonces atrae necesariamente la neutralidad valorativa del esquema conceptual restante. Sobre esta base la neutralidad valorativa de los tipos abiertos es mucho más radical que la dé Beliiig\ Para Beling en la comprobación de la adecuación típica én muchos casos se da también la verificación de una parte de la cuestión de la añtijuricidad[200]. Modificando una palabra es posible decir: Welzel es más "beligniano" que Bélinig con su concepto de los tipos abiertos. Él ha recorrido el camino realizado por la teoría del tipo desde la época de Beling en una dirección opuesta, pero sin quedarse en la posición de éste, sino yendo todavía más atrás.

bb) Los tipos cerrados.

La concepción según la cual todo comportamiento típico es antijurídico *{supra,* I, 4), resulta para Welzel —en tanto enemigo de la teoría de los llamados elementos negativos del tipo— inaceptable también en el caso de los

257 *L.V.V.,* p. 157.
28» *L.V.V.,* p. 156.
[2i]>o *L.o.V.,* p. 163, nota 1 sobre Dohna, *Rechtswidrigkeit,* ps. 39 y ss. a«o *L.v.V.,* p. 157.

tipos cerrados. De todos modos, en oposición a lo que ocurre con los tipos abiertos, Welzel admite que en los tipos cerrados la realización del tipo determina la antiju-ricidad, *si* no se da un fundamento especial de justificación[2"1]. De esta manera, nada se opondría a la recepción de la moderna concepción de que en el tipo penal yace, por lo menos, un juicio provisorio de disvalor referente a las acciones que se le adecúan *(supra,* I, 3). En realidad, Welzel en la 1* edición de su *Tratado* ha considerado al tipo como la "tipificación de lo injusto jurídico penal" [262], como el "núcleo de lo injusto"[263], y como "la totalidad de los elementos conceptuales caracterizadores de lo injusto que determinan la especie de delito"[264]. Inclusive ha señalado enérgicamente, que "la eficacia del derecho penal requiere *la* adecuación típica de lo injusto"[260], y su anterior teoría de la falta de tipicidad de la conducta socialmente adecuada ha sido defendida, señalando que, de otro modo, el tipo terminaría por dejar de ser esencialmente "tipificación de lo injusto" ™.

Si Welzel se hubiera mantenido en esta posición, habría tenido que llegar, como consecuencia de la teoría de los tipos abiertos, a la aceptación de un doble concepto de tipo penal. En los tipos "cerrados" estaríamos en presencia de una tipificación de la acción ilícita (= "tipo de injusto") [287], mientras que en los tipos "abiertos" tendríamos un esquema completamente neutral en lo valorativo. Probablemente puede admitirse que ésta ha sido la línea directriz de los esfuerzos de Welzel para evitar tales faltas de coincidencia, exteriorizadas en las nuevas ediciones de

[i61] Ver supra, p. 5.
262 Conf., p. ej., 1» ed., 1947, p. 37.
2«3 i» ed., p. 34.
™* 1» ed., ps. 34/35.
[2]« 1» ed., p. 34.
2«« 1» ed., p. 46.
s« 1» ed., p. 35.

su *Tratado*[208]. En ellas, se evita en el tratamiento deí tipo penal todas las expresiones que podrían señalar una función valorativa de la acción. "El tipo es un esquema conceptual que describe un comportamiento humano posible", dice ahora Welzel[260]. De todos modos, evita también una clara definición en favor de la neutralidad valorativa del tipo. En el año 1952 decía Welzel, inclusive[270]: "En verdad, con la afirmación de la adecuación típica se comprueba ya la primera significación jurídico-penal de una acción. . .". Ello resulta similar a la afirmación según la cual el tipo debe concebirse, sin embargo, como un juicio de valor provisorio. Un año después dice Welzel (sin considerar la cuestión en su *Lehrbuch)* en un lugar muy escondido[271]: "Todo tipo penal (en el sentido de Beling) es «valorativamente neutral» con respecto a la antijurici-dad"; el tipo penal "es... sólo el punto de contacto (es decir, el objeto) de la valoración de antijuricidad"[272]. También el discípulo de Welzel, Armin Kaufmann[273], se remite ahora en forma expresa a Beling. De esta manera, se llega a un mal entendido retorno al punto de partida de la teoría del tipo penal con respecto a-los tipos cerrados.

Naturalmente, Welzel se rectifica más tarde[274]: "El tipo no es precisamente valorativamente neutro, dado que de todas aquelas conductas penalmente relevantes toma sólo algunas que resultan jurídico-penalmente relevantes para su valoración como adecuadas al derecho o contrarias a él". Sin embargo, estas afirmaciones —de todos

2«s 3* ed., 1954; 4? ed., 1954; 5» ed., 1956; 6* ed., 1957.
2«» *L.B.,* ps. 41 (4), 42 (5).
2[7]◇ *Neues Bild,* 2» ed., p. 55, nota 1.
271 *"jf* 1953, p. 120, nota 4a.
272 Lo que está entre paréntesis corresponde a Welzel.
a« "jz", 1965, p. 37.
274 "zStW", 67, 1955, p. 211, nota 30; ahora también *L.B.* (5), ps 45/48; *L.B.* (6), ps. 49/52.

modos, no fáciles de comprender— no pueden considerarse como contradictorias de la* concepción de Beling anteriormente reconocida. Ellas tienen sólo el efecto de agregar a las dos conocidas significaciones de la "neutralidad valorativa", una tercera. Neutralidad valorativa significa aquí indiferencia jurídica. El comportamiento típico será siempre antijurídico o justificado, pero en ningún caso jurídicamente irrelevante; por tanto, en este sentido, nunca ha de ser valorativamente neutro.

Esto es, por cierto, correcto, pero no modifica nada. El tipo "no-valorativamente neutro" de Welzel es, de todos modos, "valorativamente-neutro" en el sentido habitual —que es el que aquí le damos—, es decir, en su relación con la antijuricidad.

Este desarrollo muestra de qué manera la significación dogmática de los tipos abiertos repercute más allá del círculo estrecho de los casos concretos a los cuales se refiere y alcanza toda la teoría del tipo penal. Debe quedar en claro que la trasformación del tipo de injusto en tipo valorativamente neutro en el caso de los tipos cerrados es un efecto ulterior de la teoría de los tipos abiertos. Si no debe renunciarse a la unidad del concepto de tipo penal, es preciso trasladar el concepto vacío de los tipos abiertos, tal como necesariamente surge al extraérsele los elementos del deber jurídico, a los tipos cerrados. Estas conexiones no han sido nunca puestas de manifiesto por Welzel, pero una comparación de las anteriores y actuales concepciones del tipo permiten reconocer este desarrollo en forma indudable. Tal desarrollo significa en toda su extensión un "regreso a Beling".

b) La relación del tipo objetivo respecto de los elementos normativos.

Hemos visto que en el trascurso del desarrollo de la teoría del tipo penal los dos significados de neutralidad

valorativa han sido, por lo general, conectados tan estrechamente entre sí, que no se los ha mantenido claramente separados. Un tipo neutral en lo valorativo con relación a la antijuricidad se concibe al mismo tiempo como obviamente "descriptivo" (M. E. Mayer), y un tipo "normativo" significaría, sin más, tipificación de lo injusto.

Conforme a ello, Welzel debería tender, por lo menos, en lo referente a la antijuricidad, a un concepto de tipo valorativamente neutro, es decir, descriptivo en el sentido de M. E. Mayer. Ello no es, sin embargo, así[275]. Welzel va todavía más lejos que la teoría actual[2;6], rechazando, inclusive, la concepción de que el tipo penal sólo contiene sucesos sensorialmente perceptibles del mundo exterior.

Las teorías de Wolf, así como de Mezger y Griinhut, encontraron su respaldo filosófico en la filosofía de los valores del sudoeste alemán[m]. Esta teoría separa el reino de los valores del reino del ser, valorativamente neutro. Si los representantes de esta concepción en las ciencias jurídicas entienden el tipo penal como un entrelazado de elementos valorativos y del ser, ello es consecuencia, según su opinión, de que el ser, carente de conformación de los hechos de la vida, al ser recibido en un tipo penal sufre una trasformación categorial mediante conceptos jurídicos regidos valorativamente[278].

"El principio para la construcción de los conceptos del delito. .. aparece en un «valor» al cual se refiere el tipo valorativamente neutro de la vida que resulta así convertido

a™ *L.B.,* p. 65 (6); *Akt. Problem,* ps. 11/12; "JZ", 1953, ps. 119/121; "ZStB", 58, 496.

[276] Sobre ello, conf. *supra,* p. 63.

[277] Las siguientes acotaciones se apoyan en la importante explicación de Welzel en su libro *Naturalismus und Wert Philosophie im Straf recht,* 1935. Un tratamiento más detenido dp esta orientación filosófica excedería los límites de esta investigación; por tanto, remitimos a su trabajo.

[278] Conf. *Naturalismus,* pi. 67/68.

en un tipo de delito pleno de valor"[27]*. Detrás de esta afirmación yace la idea de que ei "ser", propiamente dicho, la "realidad", es sólo un "mundo de experiencias físico-psíquicas"[280], es decir, un "ser natural en la causalidad natural"[28]\

Con respecto al tipo penal, esto implica que sólo los elementos neutrales valorativamente en el sentido de las ciencias naturales "son" propiamente tales. Los elementos valorativos del tipo no son "reales", sino que existen sólo en la cabeza del legislador, del juez, del científico y son trasladados al ser por ellos. Esta concepción del concepto del ser es una consecuencia ulterior del positivismo.

Contra él se dirigen las críticas de Welzel. Los conceptos jurídicos "no constituyen la trasformación metodológica de un material amorfo, sino descripciones de un ser óntico configurado"[282]. Tal afirmación de Welzel ha tenido siempre un reflejo en la teoría del tipo penal. Las circunstancias de hecho, para él, no pertenecen de manera alguna "a la realidad carente de sentido de las ciencias naturales, sino que son segmentos del mundo social pleno de significado"[283]. En otro lugar dice Welzel: "La realidad que subyace al derecho (facticidad) es la realidad que se da en el obrar práctico de la vida social, cuyas estructuras demuestran que no se reducen al mundo cuantitativamente determinado de -as ciencias naturales, a pesar de lo cual son tan reales como esas relaciones cualitativas"[284].

Tal concepción del tipo penal puede considerarse, sin embargo, como descriptiva, pues los elementos valorativos del tipo son, para ella, componentes del ser, que sólo son

[27a] *Naturalismus,* ps. 72/73.
[280] *Naturalismus,* p. 70.
[281] Wolf, *Schuldlehre,* p, 100.
[282] *Naturalismus,* p. 74.
[283] *Akt. Probleme,* ps. 11/12.
284 "jz" 1953) 119

descritos por el hombre en su significación social, pero que no son creados por quien hace la descripción[285]; pero ésta sería una descriptividad totalmente diversa de la naturalística. Welzel computa las circunstancias normativas sin limitación alguna en el tipo penal, en el sentido de la tradicional distinción entre descriptivo (= sensorialmente perceptivo) y normativo (= sólo espiritualmente comprensible [28e]):

> En qué medida una circunstancia de hecho es sensorialmente perceptible y en cuál resulta espiritualmente comprensible, es totalmente indiferente. Lugar cerrado, edificio, arma, cosa, llave, etc., no resultan circunstancias de hecho en mayor medida que ajeno, documento, título de crédito, promesa de pago, etc., aunque en estas últimas circunstancias de hecho lo que es perceptible resulta no-esencial, mientras lo esencial, al contrario, sólo puede comprenderse espiritualmente. En un documento sólo es perceptible el papel y la tinta seca. Pero de la misma manera en que un cuadro no sólo consiste en la tela y los colores, tampoco el documento se agota en el papel y la tinta. Sólo aquello que únicamente puede ser comprendido espiritualmente, es decir, su contenido declarativo y la función probatoria del escrito, hacen del trozo de papel un documento. Por ello, el dolo tiene que extenderse a estos momentos"[287].

Cuando al principio se dijo que Welzel al incluir los elementos normativos del tipo en este concepto fue más allá que la doctrina hasta ese momento, debe entenderse que estas circunstancias mediante su desplazamiento al ser real, se conectaron más estrechamente con los elementos descriptivos del tipo de lo que lo estaban en las concepciones anteriores, arraigadas todavía en lo fundamental

[285] Asi también Welzel, *Naturalismus,* p. 75.

286 Welzel evita, comprensiblemente, definir las circunstancias nor mativas del hecho como elementos que requieren para su determinación una valoración judicial. El juez no "valora" un hecho libre de todo valor, sino que "capta" un ser conformado en virtud del sentido; conf. *Naturalismus,* p. 75.

2" *Aktuelle Probleme,* p. 12.

al concepto del ser de las[1]-ciencias naturales y que vieron en los elementos normativos ingredientes que provenían de afuera del concepto del ser.

Para nuestra investigación, surge de ello que cuando se le reprocha a Welzel haber retornado a la oposición superada de hechos y conceptos jurídicos[288], tal afirmación no resulta correcta si se la expresa de manera tan general. Welzel no ha querido lograr, con ayuda de los tipos abiertos, un concepto de tipo penal en el cual la neutralidad valorativa estaría concebida en el sentido de la descriptividad. Sin embargo, no se puede desconocer que la introducción de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico constituye un paso hacia un tipo penal descriptivo frente al punto de partida fundamental de Welzel, que no es, por cierto, un retomo a aquella concepción. Todos los elementos de la antijuricidad comentados más arriba son indudablemente elementos normativos, si se los incluye en el tipo. Al ser extraídos por Welzel del tipo penal y trasladados a la antijuricidad, los tipos particulares se convierten en valorativamente neutrales, en la misma medida en que los elementos valora-ovos desaparecen de ellos. Los elementos de la antijuricidad comprenden, por cierto, no todos los elementos normativos del tipo, pero de todos modos se percibe una trasferencia de las relaciones entre elementos sensoríalmen-te perceptibles y aquellos sólo comprensibles espiritual-mente, en favor de los elementos descriptivos, a pesar de la polémica de Welzel contra toda tendencia "naturalista".

2. *El tipo subjetivo.*

... A primera vista carecería de sentido verificar en qué medida se registra un retorno a estadios de desarrollo anteriores con respecto al tipo subjetivo; pues es precisa-

[2S]s Conf. con esto Welzel, "ZStW", t. 67, 1955, p. 224.

mente Welzel, más que cualquiera de sus antecesores, quien enriqueció el tipo penal, en un sentido subjetivo, incluyendo en él el dolo[288]. De esta manera, Welzel representa «1 extremo opuesto de Beling, y el desarrollo de la teoría final de la acción significa un rechazo total del tipo objetivo, antes que un regreso a él.

Sin embargo, puede observarse lo siguiente: con el descubrimiento de los elementos del deber jurídico, no sólo se produce su alejamiento del tipo objetivo, sino que a la vez el tipo subjetivo se libera de la relación psíquica dirigida a estos elementos. Antes del desarrollo de la nueva teoría, cuando Welzel opinaba todavía que la adecuación al derecho en el ejercicio del cargo en el § 113 era "indudablemente un elemento del tipo"[200], también la conciencia del autor de la adecuación al derecho era un elemento perteneciente al tipo subjetivo. Actualmente esto sólo es importante en relación con la cuestión del error de prohibición.

Si se toma en cuenta !a larga serie de elementos del deber jurídico y se piensa que según las concepciones anteriores casi todos debían ser alcanzados por el conocimiento y la voluntad del autor, para que pudiera afirmarse la existencia de un hecho doloso, resultará claro de qué manera se ha restringido con la introducción de los tipos abiertos, la parte subjetiva del tipo penal.

En tal sentido, no es exagerado afirmar que los elementos del deber jurídico constituyen un paso dirigido a un tipo penal más objetivamente concebido, y, por tanto, más cercano al concepto de Beling —aunque la distancia de todos modos sea mayor que la que guardan las otras teorías—.

Otro rasgo de parentesco con el concepto puramente

[M9] Conf. con esto *siipra,* p. 67.
¡¡»o 1* ed., 1947, p. 231.

objetivo de Beling de mucho mayor alcance —que de todos modos no es consecuencia^ de los tipos abiertos— surge del punto siguiente: Welzel se ha manifestado dispuesto[281] a distinguir entre el tipo como concepto fundamental del sistema jurídico-penal (con el cual nos hemos ocupado principalmente en nuestras explicaciones anteriores) y el tipo en el sentido del § 59, StGB, que comprende todos los elementos a que se debe referir el dolo del autor[292]. El segundo tipo penal constituye sólo un tramo del llamado por Welzel —mal entendidamente— "tipo de injusto", que contiene todos los elementos objetivos y subjetivos indicadores de la antijuricidad. Tal concepto comprende exclusivamente elementos objetivos, dado que el dolo del autor, según el punto de vista de Welzel, no se dirige a sí mismo, ni puede dirigirse a sus propias intenciones o sentimientos.

Este concepto de tipo penal, liberado de todos los elementos subjetivos, es casi idéntico al de Beling. La diferencia yace sólo en que, por un lado, incluye claramente las circunstancias normativas en el tipo y, por otra parte, no contiene los elementos del deber jurídico.

3. *Resumen.*

El panorama precedente brinda un esquema complicado y algo confuso; nos ha mostrado que el retorno a Beling contiene, por cierto, mucho de cierto, pero que en la generalidad con que se lo expresa resulta peligroso, por brindar una imagen demasiado simplificada. El resultado de nuestra investigación sobre las repercusiones de los tipos abiertos con respecto a la teoría del tipo penal puede

MI "NJW", 1953, p. 329, nota *14.*

[292] Sobre la cuestión que se vincula con esto, ver más adelante ps 171 y 177 y *ss.*

presentarse en un panorama mejor resumido en algunas escuetas frases:

a) El tipo penal de Welzel, como el de Beling, es valorativamente neutro en relación con la antijuricidad. Aunque por distintos caminos ambos llegan en este sentido a los mismos resultados. Los tipos abiertos, que resultan "más neutrales en lo valorativo" que el de Beling, arrastran también a los tipos cerrados hasta el punto de partida de la teoría del tipo.

b) El tipo de Welzel no es valorativamente neutro cuando se refiere a los elementos normativos. Inclusive conecta los elementos normativos más estrechamente con el tipo que las teorías anteriores. Los tipos abiertos, sin embargo, reducen el alcance de la áspera contradicción con respecto a la concepción descriptiva del tipo y significan un pequeño paso atrás.

c) Con el reconocimiento de un tipo subjetivo y la inclusión del dolo en él, Welzel se ubica al frente del desarrollo de la teoría del tipo y se halla en una posición diametralmente opuesta a la de Beling. Los elementos del deber jurídico, sin embargo, conducen a una cierta objetivación de los tipos penales de los cuales se han apartado no sólo elementos normativos, sino también subjetivos. El tipo penal de Welzel, en el sentido del § 59, StGB, es casi idéntico al de Beling.

PARTE SEGUNDA

CRÍTICA Y SOLUCIÓN

Si se quiere aclarar críticamente la construcción conceptual, puede procederse de distintas maneras: es posible captar primeramente los objetos subyacentes a la construcción conceptual y probar luego si ellos tienen los elementos que el concepto les atribuye. Aplicado a la tarea propia de esta investigación, ello significa: se puede comprobar si los criterios que deben integrar la esencia de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico se adecúan al fenómeno real. En este sentido pondremos a prueba, primeramente, las teorías de Welzel y Armin Kaufmann. Si de ello surge que los elementos conceptuales por ellos subrayados no permiten una precisa separación de los momentos de la antijuricidad con respecto a otros elementos, se hará la tentativa propia de conceptua-lizar la esencia de tales elementos.

En el segundo capítulo pasaremos del concepto de tipos abiertos y elementos del deber jurídico, al sistema total de sus creadores para investigar la cuestión de si coinciden con sus principios fundamentales, principios sobre los cuales se estructura la teoría del delito del fina-lismo.

En el tercer capítulo abordaremos, después de esta crítica intrasistemática, una crítica dogmática, poniendo a prueba el tipo penal de Welzel en referencia a los problemas de la teoría del error, de la tentativa y de la estructura del delito. Además, brindaremos un ensayo de solución para el tratamiento práctico de los elementos del deber jurídico.

CAPÍTULO I CRITICA CONCEPTUAL

A) LOS TIPOS ABIERTOS Y LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO EN LA TEORÍA DE WELZEL

De la explicación dada al comienzo es posible extraer, para caracterizar la esencia de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico, los siguientes puntos:

1. La realización de un "tipo abierto" carece de efecto indiciario de la antijuricidad[1].

2. La existencia de un "tipo abierto" determina que la antijuricidad sea investigada por medio de un juicio de valor judicial dirigido a la comprobación del momento de la antijuricidad \

3. Los elementos de la antijuricidad no tienen la tarea de describir el hecho, sino solamente de fundamentar el deber jurídico del autor[2]; por ello, en la mayoría de los casos, es posible dejarlos fuera de consideración[3].

En particular debemos comprobar si esta caracterización es correcta.

[1] Ver *supra,* ps. 6 y ss.; *L.B.* (6), ps. 72 y ss.; *Neues BÜd,* 3» ed., ps. 22/23.

[2] Ver *supra,* ps. 8/9; *Neues Büd,* 3* ed., p. 23.

[3] Ver *supra, ps.* 8/9.

I. *La carencia de función indiciaría.*

Conforme a lo expuesto sobre la concepción del tipo de Welzel \ no debe entenderse la palabra "indicio" como si ella denotara alguna clase de valoración de lo injusto —aun cuando fuera sólo provisoria—. La realización del tipo como indicio de la antijuricidad significa para Welzel, solamente, que una acción típica es básicamente también antijurídica. La carencia de función indiciaría de los tipos abiertos significa, por tanto, que la antijuricidad no es todavía necesaria consecuencia de la realización del tipo.

Visto desde este ángulo, esta caracterización de los tipos abiertos resulta ante todo esclarecedora con relación al delito de coacción. En realidad, de la mera amenaza con un mal sensible no surge mucho todavía sobre el ■carácter antijurídico del hecho. Sin embargo, esto es ya •dudoso en la segunda de las formas de ejecución del § 240 >del Código Penal. ¿Es realmente menor el indicio de antijuricidad en los casos en que alguien es coaccionado a realizar una acción mediante violencia, que en los tipos cerrados? La delimitación respecto de los demás tipos abiertos resulta todavía más problemática. Cabe preguntarse, por qué la apertura de correspondencia ajena (§ 299 del Código Penal) tendría un menor efecto indiciario que la realización de otros tipos penales, si se tiene en cuenta que el elemento "sin autorización" sólo indica que la descripción del hecho —como ocurre en toda prescripción penal— se hace con la reserva de la existencia de circunstancias justificantes. Lo mismo ocurre con todos los tipos que contienen el elemento "competencia". El juramento falso ante una autoridad será por regla general antijurídico. Nada permite aquí afirmar que mediante la realización

Ver *supra,* ps. 70 y ss.

de este tipo se dé un indicio menor de su antijuricidad que en otros casos. Aun resulta más claro en el caso del § 113, en que su capacidad indiciaría de lo injusto tiene por lo menos la misma dimensión que los tipos cerrados. La acotación de que las palabras "en ejercicio legítimo de su cargo" serían superfluas[6] resulta totalmente correcta. Si ellas faltaran no sería punible el que *resiste* a un funcionario que obra antijurídicamente, sino que tal hecho sería cubierto por la defensa necesaria; pues quien no obra conforme a derecho^ obra antijurídicamente, y contra una acción antijurídica se acepta la defensa necesaria. Sin embargo, de ello surge a la vez que en el § 113 del Código Penal las relaciones entre tipo y antijuricidad no se configuran de manera diversa que en los otros casos.

De todo esto surge que resulta correcto afirmar que la realización de un tipo del cual se ha extraído un elemen-- * to del deber jurídico, será antijurídica con menor frecuencia que antes. Sin embargo, la afirmación de que los tipos que Welzel considera "abiertos" tienen menor capacidad indiciaría de la antijuricidad que los "cerrados", no resulta correcta formulada en términos de tanta generalidad. Y esto es así aun cuando — como ocurre en este capítulo— no se pongan en duda las teorías de Welzel en que se apoyan sus conclusiones sobre el lugar sistemático de los elementos del deber jurídico ni de las relaciones de tipo y antijuricidad.

II. *El juicio de valor judicial positivo.*

Una vez comprobada la adecuación típica en los tipos cerrados, el juez sólo necesita, para determinar la antijuricidad, establecer: "No existe ninguna causa de justificación". En todos los tipos abiertos, al contrario, se requiere,

» "ZStW", t. 67, 1955, p. 226.

según Welzel, un juicio positivo del juez para determinar la antijuricidad. Si alguien presta un juramento falso (§ 154), el juez sólo podrá afirmar la antijuricidad, a pesar de la realización del tipo, una vez que haya comprobado afirmativamente: "La autoridad era competente para recibir el juramento". Welzel opone este procedimiento "positivo" al "negativo" propio de los tipos cerrados °.

¿Se ha encontrado realmente con tales criterios una caracterización segura de los tipos abiertos? Contra esto existen dos objeciones.

1. Una serie de los elementos del deber jurídico de Welzel es portadora de un carácter negativo. A ella pertenece la palabra "sin autorización", que aparece en numerosas prescripciones; además, giros como "sin autorización de la autoridad" (§ 284), "sin permiso expreso" (§ 360, inc. 7), "sin permiso" (§ 367, inc. 15) y muchos otros[7]. Sin embargo, en estos casos la determinación de la antijuricidad sólo puede llevarse a cabo mediante la comprobación del juez de que además de la realización del tipo, "la acción se realizó sin autorización (= no autorización), o bien *no* existe permiso", etc. No resulta claro en qué medida este método de determinación de la antijuricidad se diferencia de los habituales en los que el juez establece: "no existe una agresión antijurídica actual". Sin embargo, Welzel dice expresamente que la antijuricidad debe comprobarse estableciendo positivamente la falta (!) de autorización (!) [8]. No es claro en qué consiste la positividad de la comprobación judicial.

Tampoco se percibe la diferencia en la comprobación de la antijuricidad en aquellos casos en que los juicios positivos y negativos son, sin más, intercambiables. Es

« Conf. *L.B.,* p. 73 (6): *Neues Bild,* 3* ed., ps. 22/23.

[7] Ver *supra,* ps. 12/13.

[s] *L.B.* (6). p. 73; *Neues Bild,* 3» ed., p. 23.

exactamente lo mismo comprobar en los delitos culposos que el autor ha lesionado (positivo) el deber objetivo de cuidado o que *no* lo ha observado (negativa); igualmente es indiferente para la comprobación de la antijuricidad en los § 240 y 253 que el hecho sea socialmente no soportable (¡negativo!) o que sea socialmente reprobable (¡positivo!).

2. La cuestión es distinta, naturalmente, en los demás tipos abiertos: la comprobación de la validez jurídica de una orden (§ 110), la adecuación al derecho de la acción del funcionario (§ 113 y 117), la competencia de una autoridad o de un funcionario (§ 116, 137, 153 y *ss.,* entre otros), son casos en los cuales se requiere un juicio positivo. Sin embargo, de esta manera no surge la diferencia esencial propuesta por Welzel entre los tipos abiertos y cerrados.

En los tipos cerrados, la especie de la comprobación de la antijuricidad de Welzel se apoya sobre una concepción del tipo totalmente correcta. El tipo cerrado comprende a través de su descripción más casos que los propiamente prohibidos. Por tanto, no es necesario en la hipótesis de realización de tales tipos, buscar otras circunstancias que fundamenten positivamente la antijuricidad, pues alcanza con verificar si está excepcionalmente excluida; es decir, del mayor número de casos abarcados por el tipo, deben "extraerse" aquellos que carecen de antijuricidad.

La cuestión no es distinta en los tipos abiertos. Es preciso no dejarse confundir por el hecho de que en ellos "la materia de la prohibición no está exhaustivamente descrita"[9]. En verdad, todos los tipos de Welzel, también aquellos en que se ha recortado un elemento del deber jurídico, presentan la misma estructura. Todos

» ***L.B.*, p. 72 (6).**

describen más acciones que las alcanzadas por la prohibición. Mediante las expresiones "quien mata dolosamente a una persona", en el § 212 del Código Penal se comprende tanto el caso del homicidio como el de la muerte del atacante en la defensa necesaria (por tanto, comportamientos prohibidos y no prohibidos). De la misma manera, el tipo "abierto" del § 153 del Código Penal describe declaraciones falsas prestadas ante autoridades competentes y no competentes, es decir, todas antijurídicas y, por encima de ello, otras declaraciones falsas que todavía no son antijurídicas; el § 113 del C.P. contiene resistencia a la autoridad tanto adecuada a derecho como no adecuada a derecho, y así ocurre también en otros casos. Se podrían caracterizar los tipos abiertos y cerrados de Wel-zel con la expresión común de tipos "super-abarcadores", pues no sólo alcanzan el respectivo comportamiento prohibido, sino también otros que no lo están.

De ello se deduce: en todos los casos, sea que se trate de un tipo "abierto" o "cerrado", el juez tendrá que determinar la antijuricidad comprobando que *no* se da un caso de realización del tipo adecuada a derecho; es decir, tendrá que aplicar un procedimiento negativo. Tampoco en los tipos abiertos el juez tendrá que comprobar la presencia ulterior de otros elementos, sino que deberá reducir el número de los casos que se subsumen bajo el tipo penal, eliminando los que son adecuados a derecho —comprobando su no existencia— y de esta manera podrá determinar la antijuricidad.

La sensación de que en estos supuestos la antijuricidad debería comprobarse de modo distinto al de los tipos cerrados, surge como consecuencia de un desplazamiento del ángulo visual desde el sujeto de la acción (el autor) al objeto de la acción. En los tipos cerrados se dirige la mirada, cuando se quiere comprobar la antijuricidad, al autor y se afirma negativamente: no existe para él ningu-

na causa de justificación. En los tipos abiertos, al contrario, la visión se dirige al objeto de la acción, la ley (§ 110), el funcionario (§ 113), el tribunal (§ 153), y se dice positivamente: la *ley* es jurídicamente válida; el fun cionario obra conforme a derecho; el tribunal es competente. Si se quisiera aplicar aquí el mismo método y tomar en consideración al autor, habría que proceder como en los tipos cerrados, es decir, realizando una comprobación negativa: quien propone la realización de un delito no tuvo ninguna autorización para obrar; quien se resiste no está amparado por la defensa necesaria; el testigo no estaba autorizado a declarar falsamente.

Juicios positivos y negativos resultan, por tanto, indiferentes y son una consecuencia del punto hacia el cual el juzgador dirige su mirada. Si el juez, en el caso del § 113, una vez comprobado la adecuación típica, establece que el funcionario obró conforme a derecho (positivo) o que no existía ninguna causa de justificación en favor de quien se resistió (negativo), no modifica absolutamente nada.

Consecuencia de todo esto es que si el sujeto de la proposición por la cual se afirma la antijuricidad es el autor, tanto en los tipos abiertos como en los cerrados, estaremos en presencia de un juicio negativo. Si, al contrario, el sujeto de la proposición es el objeto de la acción (la ley, el funcionario, el tribunal), tendremos siempre un juicio positivo. También desde el punto de vista de la teoría de Welzel, por tanto, resulta que la comprobación de la antijuricidad es en principio la misma en todos los tipos penales. A partir, entonces, de la diferencia que habría en la comprobación de la antijuricidad, no puede obtenerse un criterio para la distinción de tipos abiertos y cerrados.

III. *Los elementos del deber jurídico sólo ponen de manifiesto el deber jurídico del autor. Tienen la función de describir el hecho, y por ello pueden, en la mayoría de los casos, eliminarse.*

1. *¿Sólo el deber jurídico del autor es puesto de manifiesto por los elementos del deber jurídico?*

Sobre esta cuestión se ha pronunciado ya la Corte Federal en una sentencia en la cual se ha discutido la construcción de los momentos de la antijuricidad, como consecuencia del elemento "competente" del § 154 del Código Penal[10]. Por cierto, es correcto, dice el tribunal, que la competencia de la autoridad fundamenta para el interrogado el deber de decir verdad bajo juramento. "Pero la consideración de cuál es la conducta jurídicamente mandada o prohibida surge fundamentalmente —en tanto no se dan especiales causas de justificación— de los elementos establecidos en las leyes penales particulares. Estos elementos son circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal en el sentido del § 59 del Código Penal, y no hay diferencia alguna en este aspecto, ya sea que se trate de elementos puramente fácticos o, como en este caso, de carácter jurídico". Brevemente: todas las circunstancias de hecho son fundamentadoras del deber jurídico. Por ese motivo, tienen que ser, a pesar de ello, comprendidas por el dolo. O bien, para decirlo con palabras de von Weber[11]: "Todo elemento del tipo penal es al mismo tiempo un elemento del deber jurídico".

Esto puede demostrarse con un tipo penal cualquiera: el § 212, por ejemplo, prohibe matar a otra persona. Aquí podría argumentarse de la siguiente manera: el §

io BGHSt, 3, ps. 253/254. ii *Mezger-Festschrift,* p. 188.

212 prohibe matar. Según esta prescripción, el autor sólo tiene el deber jurídico de omitir matar frente a otra persona. Por tanto, el concepto "persona" en el § 212 es un elemento del deber jurídico. En consecuencia, el autor puede ser penado por homicidio doloso aunque no haya sabido que mataría a otra persona.

Este resultado absurdo muestra con toda claridad que el hecho de que un elemento fundamente el deber jurídico del autor no excluye que describa la acción o el objeto del hecho objetivamente, y que deba pertenecer, por tanto, al tipo penal en el sentido de Welzel.

Sólo sería posible otra solución si se pudiera probar que el elemento correspondiente *solamente* tiene la función de fundamentar el deber jurídico, y no, además, la de describir el hecho. De esta forma estamos frente a la segunda cuestión.

2. *¿Pueden eliminarse los elementos del deber jurídico porque ellos no describen el hecho?*

La tesis de Welzel sería esclarecedora, sin lugar a dudas, si fuera un representante de la concepción del tipo penal compuesto solamente por circunstancias descriptivas, sensorialmente perceptibles. Evidentemente, la competencia de una autoridad o la legitimidad del ejercicio del cargo no son perceptibles sensorialmente, sino que sólo pueden comprenderse mediante un acto espiritual.

Estos elementos no describen algo captable por medio de los sentidos.

La suposición de que las circunstancias descritas en el tipo pertenecen al ser indiferente al sentido, propio de las ciencias naturales, ha sido combatida enérgicamente precisamente por Welzel[12]. Según su punto de vista, las circunstancias espiritualmente comprensibles son tan rea-

[12] Ver *supra,* ps. 74 y ss.

les como las sensorialmente perceptibles. Ellas son objeto del dolo de la misma forma que las otras y pertenecen al tipo penal. Esto rige para todos los elementos normativos, aun cuando tengan contenido jurídico. Esta circunstancia merece ser resaltada especialmente, pues la construcción de los tipos abiertos ha sido entendida como si con ella se hiciera referencia a prescripciones penales, que como consecuencia de la utilización de conceptos requeridos de una complementación valorativa, no caracterizaran el comportamiento prohibido en forma descriptiva, sino que remiten a valoraciones extralegales, arraigadas en el orden moral o en la conciencia popular [13]. Esta interpretación no coincide con la intención de Welzel; dado que prescripciones como las de los § 183 o 360, inc. 11, del Código Penal, que sancionan ciertas "acciones impúdicas" o "desórdenes", no resultan, según su concepción, tipos abiertos, aunque ellas contienen, indiscutiblemente, conceptos requeridos de una complementación valorativa. Los tipos abiertos no significan, de ninguna manera, como ya se ha explicado, un retorno a un tipo penal descriptivo y valorativamente neutro en este sentido [14].

Si admitimos entonces que una circunstancia no se trasforma en elemento del deber jurídico como consecuencia de su normatividad o de su necesidad de ser completada valorativamente, resulta sin duda difícil comprender por qué la "competencia", la "legitimidad del ejercicio del cargo" o la "reprobabilidad", no pueden ser circunstancias del hecho. No se trata sencillamente de negar que "para la realidad, transida de relaciones de sentido y de contenidos significativos", como Welzel lo ha visto con claridad, resulta indiferente si el autor presta la declaración falsa ante una autoridad competente o ante una incompetente.

[13] Conf. Hellmuth Mayer, *Gutachten*, ps. 271, 276, 277.
[14] *L.B.*, p. 65 (6); "JZ", 1953, p. 119.

Cuando Welzel afirma que la significación de la palabra "competente" se agota en que "la autoridad referida está autorizada y... que alguien... está obligado a tolerar esa acción"[1B], no merece aprobación. Este elemento contiene, por ejemplo en el § 154 del Código Penal, no sólo la obligación de prestar una declaración acorde con la verdad de los hechos, sino que por encima de ellos se caracteriza una serie de autoridades autorizadas a recibir el juramento y, por ello, tiene la función de describir en forma objetiva la materia de la prohibición. Por cierto que esta descripción no implica que no haya que tomar en consideración las normas jurídicas que reglan la organización de la autoridad, pero tales referencias a normas jurídicas que están fuera de la ley penal, o a valoraciones culturales, son también propiedad de todos los elementos normativos y no sólo un rasgo esencial de los elementos del deber jurídico. El concepto de competencia describe, por tanto, el objeto de la acción ni más ni menos de lo que lo hacen los otros elementos normativos del tipo. De la misma manera, la palabra "reprobable" en el § 240, II, del Código Penal, contiene una descripción del acto de coacción, aun cuando su contenido objetivo puede surgir de reglas no escritas de la moral popular. Las palabras "en legítimo ejercicio de su cargo" en el § 113 introducen en la descripción del hecho, todas las situaciones en las cuales un funcionario está autorizado a intervenir según prescripciones de derecho público, lo mismo que ocurre con el concepto de "acciones impúdicas", que introducen en la descripción típica una cantidad inapreciable de comportamientos diversos. Si el concepto de descripción no se limita a las circunstancias descriptivas, el carácter descriptivo de los elementos del deber jurídico es indiscutible.

Estos resultados no se alejan demasiado de las propias

1B "JZ", 1953, ps. 120/121.

opiniones de Welzel sobre la esencia de sus tipos "abiertos". Cuando Welzel dice que en ellos la materia de la prohibición no ha sido descrita exhaustivamente" [10], era de esperar que, conforme a su opinión, tal descripción se completara en el ámbito de la antijuricidad mediante los elementos del deber jurídico. Y así ocurre en realidad: Welzel extrae del tipo penal algunos elementos descriptivos; lo que queda no puede obviamente cumplir con la descripción exhaustiva de la conducta prohibida, sino que habrá que recurrir al elemento del deber jurídico para completar tal descripción. Aceptando con Welzel que los elementos del deber jurídico se sustraen íntegramente a la función descriptiva de lo injusto, se llegará al resultado de que el comportamiento prohibido no estaría descrito en ninguna parte, lo que desde el punto de vista constitucional daría lugar a pesadas críticas, y que para el caso de los § 110, 113, 117 y 154, StGB, por cierto, no es correcto. La cuestión es algo diferente en el caso del § 240 del Código Penal[17]; sin embargo, las objeciones constitucionales se mueven en otro sentido: el vago concepto de reprobabilidad apenas podría permitir una clara concreción judicial —un problema que es independíente de la cuestión de su pertenencia al tipo o a la antijuricidad—.

La tesis según la cual a todos los elementos del deber jurídico les falta el carácter descriptivo del hecho resulta, por tanto, inaceptable. De ello se deduce que los elementos del deber jurídico no pueden quedar fuera de la caracterización de la materia de la prohibición, de la misma manera que no pueden quedar fuera las circunstancias descriptivas del hecho. Un elemento del deber jurídico sólo podría faltar en el caso en que su contenido total, como

[10] ißß *L.B.*, p. 72 (6).

[17] Conf., al respecto, H. Mayer, *Strafrecht*, p. 86; Henkel, *Recht und Individualität, ps.* 38/39.

ocurre con la legitimidad en el ejercicio del cargo [18], estuviera cubierto por otro concepto (por ejemplo, por la defensa necesaria). El fundamento de la prescindibilidad de estos elementos no yace, por tanto, en su carencia de función descriptiva; en estos casos, esta tarea es cumplida por el otro concepto.

IV. RESUMEN.

Resumiendo, puede afirmarse: de la investigación llevada a cabo, surge que la delimitación intentada por Welzel no permite una clara diferenciación de los elementos del tipo, los momentos de la antijuricidad y las causas de justificación.

1. La diferencia esencial de tipos abiertos y cerrados consiste en que los tipos cerrados deberían ser indiciarios de la antijuricidad, mientras que ello no ocurriría en los abiertos. De nuestra investigación surge que tal opinión, afirmada con esta generalidad, no es correcta. Muchos tipos "abiertos" son tan indiciarios de la antijuricidad como los cerrados.

2. En los tipos abiertos la antijuricidad debería comprobarse de manera positiva, mientras que en los cerrados se requeriría un juicio judicial negativo. Se lia demostrado que de esta manera —en la medida en que ello sea cierto en general, con respecto a los tipos abiertos— por medio de ellos no se define una diferencia esencial, y que este resultado sólo se apoya en la circunstancia de que en un caso el sujeto de la proposición es el autor, mientras que en el otro lo es el objeto de la acción. De esta forma, se toma crítica no sólo la diferencia de tipos abiertos y cerrados, sino también la delimitación de los elementos del deber jurídico y de las causas de justificación.

is Conf. *supra*, p. 90.

3. La diferencia entre elementos del tipo y elementos del deber jurídico, residiría entonces, en que estos últimos no cumplirían una" función descriptiva del hecho. Hemos afirmado ya que esto no es acertado. Los elementos del deber jurídico, no sólo determinan el deber jurídico, sino que además no pueden ser sustraídos de la descripción del hecho.

B) LA TEORÍA DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO DE ARMIN KAUFMANN.

I. *Las "órdenes oficiales"*[19].

Como hemos visto, Kaufmann supone que en aquellas prescripciones que contienen elementos como la "legitimidad del ejercicio del cargo" o la "competencia", la norma no está contenida en la ley, sino en la orden oficial. De ello se deduce lo siguiente: con respecto a las reglas del error, así como el error sobre la validez de una ley es un error de prohibición, el error sobre la validez de un mandato o prohibición emanado de la autoridad es también un error de prohibición. Dado que los errores sobre la "competencia" o la "legitimidad del ejercicio del cargo". se refieren siempre a la validez de la orden expresada, constituyen en todos los casos errores de prohibición.

a) Una primera objeción contra esta teoría puede dirigirse en el siguiente sentido: toda circunstancia de hecho es un presupuesto de la validez de una norma, y toda orden retrocedería si no existen sus presupuestos. Si la lesión no se refiere a ninguna persona, el § 223 del Código Penal carece de aplicación, y lo mismo ocurre con todos los elementos del tipo. Por tanto, la caracterización

[19] Ver *supra*, ps. 20/21.

de estos elementos como presupuestos de la validez no brinda criterio alguno de delimitación.

Sin embargo, esta crítica no sería concluyente. Si flo existe un elemento del tipo, la validez de la norma no resulta para nada modificada. Si la existencia de una lesión corporal no resulta comprobable, el hecho sigue siendo prohibido, y sólo ocurre que esta prescripción penal no es aplicable en el caso dado. Si, al contrarío, el funcionario que tengo enfrente mío no es competente para exigirme el cumplimiento de su orden, ésta será totalmente inválida.

En esta medida, la distinción propuesta por Kaufmann es correcta.

b) Una segunda objeción, más importante, se dirige contra el carácter de norma de la orden oficial. Es de la esencia de la norma, que ella represente una "pauta general" [20] y que no rige sólo para el caso particular. "Anormal" es no sólo todo comportamiento que se aparta de otro, sino sólo aquel que se aleja de los habituales y reconocidos. Normar algo significa dar una pauta para casos múltiples. Con todas sus modificaciones, el concepto de norma, de normal o de normado expresa siempre algo que va más allá del caso individual y que es válido en general, mientras la conexión con la idea de la orden que se obedece es esencialmente más elástica y de ninguna manera aparece en todas las significaciones de la palabra. Al caracterizarse la norma como "prescripción general", la esencia del concepto de norma se apoya más en la "generalidad" que en la "prescripción", es decir, que en la orden. Una orden a la cual le falta generalidad no puede ser caracterizada como norma.

Kaufmann no capta con su concepto esta circunstan-

[20] Conf. sólo Metzke, *Handlexikon der Philosophie,* 1949; Henkel, *Recht und Individualität,* p. 5, especialmente nota 4.

cia que yace en la naturaleza-de la cosa. Para él la norma existe sólo en estos casos, en virtud del "acto administrativo"[21]. Como el acto administrativo, por definición, constituye una "regla para el caso particular"[22], es precisamente lo opuesto de la norma contenida en la ley. Ya a partir de estas consideraciones es objetable el punto de vista qué ve en los § 113, 153 y ss., etc., una orden oficial que asume el rol de una norma.

c) Podría observarse, de todos modos, contra las opiniones expresadas más arriba, que el concepto de norma no puede definirse de la manera propuesta y podría conformarse en su contenido según los requerimientos del derecho penal. Sin embargo, de esta forma, la concepción de Kaufmann probaría su incorrección en relación a las exigencias legales. El art. 103, II, de la Ley Fundamental y el § 2, I, del Código Penal, determinan la vigencia del principio de determinación legal de la punibilidad y con ello también de la ley penal y de la norma que subyace conceptualmente bajo ésta. Sin tener en cuenta esto, Kaufmann fundamenta el carácter normativo de la orden oficial en el hecho de que la especie del contenido de la orden oficial no puede fijarse con precisión, pues la actividad ejecutiva requiere un cierto arbitrio en razón de las circunstancias de la vida administrativa, que cambian de hora en hora[23]. Esta comprobación es en sí misma correcta, pero más que en favor habla en contra de la caracterización de la orden oficial como norma. Dado que la puni: bilidad tiene que ser determinada legalmente antes de la comisión del hecho, no es correcto que en estas prescripciones penales sea "el funcionario competente. . . el que pronuncie el juicio de valor que se convierte en motivo

[21] *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, p. 100.
22 Conf. § 25, VO, 165.
™ Lug. cit, p. 100.

de la norma"[24] y que sólo a partir de su orden la norma cobre existencia.

Tampoco Binding, de quien Kaufmann ha tomado él concepto de "norma" y "orden oficial", ha identificado la orden oficial con la norma [25].

d) La orden oficial no es, por tanto, una norma en el sentido del derecho penal. Es preciso, por consiguiente, retornar a la ley y procurar obtener de ella el concepto de norma. Dado que conceptos como "competente" y "legítimo ejercicio del cargo" comprenden numerosos casos particulares[2e], debemos analizarlos por separado para explicar el deber en el caso concreto. El propio Kaufmann ha formulado, en relación al § 360, inc. 8, del Código-Penal, una norma deducida de la ley en forma hipotética. Tal norma dice[27]: "cuando el representante de la autoridad A, B, O y W, dados los presupuestos c, d, f y z,. ordena exhibir la documentación personal, debe hacerse lo que él ordena".

De esta manera, tenemos una norma que surge también del mismo modo de otras prescripciones legales. Kaufmann trae a colación varios argumentos para apoyar su tesis.

aa) Una norma, como la formulada más arriba, no podría por sí misma tener efecto. El deber de obediencia sólo aparece con la exigencia manifestada por un funcionario competente. Previo a esto sólo existiría, en el mejor de los casos, un mandato diferido, condicionado por la orden oficial[28].

A éste respecto cabe acotar: la prohibición se torna

[24] Lug. cit, p. 100.
[25] Conf. Kaufmann mismo, lug. cit., p. 98, y Binding, *Lehrh.*, II, p. 847.
«o Conf. *supra,* ps. 96/97.
[27] Lug. cit., p. 99.
[28] Lug. cit., p. i00.

obviamente actual mediante la exigencia exteriorizada por el funcionario competente, pero ello no significa que la norma sea más condicionada que otras. El mismo Kaufmann dice en otra parte: "Toda acción tiene sus presupuestos, bajo los cuales puede ser realizada. Esto rige sin diferencia alguna. . ."; y para ilustrar su afirmación agrega: "También el matar a otro sólo resulta posible bajo la condición de que el autor considerado mate a otra persona"[29]. No es comprensible —en especial según estas palabras de Kaufmann— por qué razón debe negársele el carácter de nonna al precepto directamente deducido del te:\to de la ley, cuando los presupuestos de la acción contraria a la norma consisten en la existencia de una orden oficial válida. De la misma manera, se podría afirmar que la norma "no debes matar a otro" no es directamente eficaz, pues su intervención está condicionada por la existencia de la posibilidad de la acción de matar (presencia de la víctima, existencia de un arma adecuada).

Con estos argumentos, no se conmueve el carácter de norma del mandato derivado de la ley.

hb) La razón fundamental de la suposición de Kaufmann reside, aparentemente, en que él entiende, al contrario de lo que ocurre con otras prescripciones, que en los casos que estamos discutiendo la norma legal es indeterminada desde el punto de vista de su contenido y, por tanto, no resulta utilizable como pauta. El legislador no estaría en condiciones —para continuar con el mismo ejemplo— de describir en una norma todas las circunstancias en las cuales se hace necesario exhibir documentos personales, sin perjuicio de que ello tampoco sería posible. Precisamente por esto sería necesario un ámbito dentro del cual debe jugar el arbitrio del funcionario[30].

[20] Lug. cit., p. 92. [30] Lug. cit., p. 99.

Desde el punto de vista objetivo ocurre lo que Kaufmann describe. Cuando se deja librado al arbitrio de un funcionario exigir los datos personales de un particular, cuando el juez puede decidir si interroga o no a un testigo bajo juramento (conf. § 61 de la Ordenanza Procesal Penal), estamos ante supuestos en que aparentemente la norma legal es indeterminada y la obligación surge de un juicio de valor hecho por un funcionario o una autoridad.

Es preciso conceder también que una-determinación suficiente pertenece a la esencia de las normas del derecho penal, pues una prescripción sólo puede cumplir con su finalidad si su destinatario conoce lo que se le prescribe mediante ella. Si se impusiera la idea de Kaufmann nos veríamos, por tanto, ante el doble dilema de no encontrar ninguna norma apropiada porque ella no surgiría de la *ley*, por falta de determinación, ni de la orden oficial en este caso por falta de generalidad y de fijación legal.

Una comprobación más detenida muestra, sin embargo, que la afirmación de Kaufmann es, por cierto, correcta, pero que la determinación de la norma legal no se resiente por ello. Ciertamente el funcionario dispone de un ámbito dentro del cual hace jugar su arbitrio, pero esto no es decisivo, pues en todas las órdenes dadas dentro del marco fijado por la ley, el funcionario es "competente" y obra en "ejercicio legítimo de su cargo". El ciudadano, por cierto, no puede saber previamente con precisión si el funcionario intervendrá o no, si le exigirá algo o *si* pensará qué otras medidas son adecuadas para el cumplimiento de sus funciones. Pero el ciudadano no necesita poder prever absolutamente en particular y tiene, sin embargo, una seguridad jurídica completa cuando está en claro sobre aquello que puede exigírsele en el marco legal en que es reconocido el arbitrio y, por tanto, en el cual está obligado a obrar. Los límites del arbitrio no son de ninguna manera indeterminados, sino que están fijados y son judicialmente verifi-

cables. Por este motivo, t-ampoco la norma legal es indeterminada. Simplemente, ella dice: cuando según el arbitrio se os exige esto o aquello, debéis hacerlo. Cuándo se dará para el destinatario de la norma la obligación de cumplir con tales exigencias y qué se le exigirá, es, por cierto, *ex* ■*ante* indeterminado. Pero no cabe ninguna duda de que el ciudadano es alcanzado por tales mandatos en la medida ■*en* que ellos no superen el marco legal dentro del cual se reconoce el arbitrio y no afecten determinados derechos precisamente establecidos en la ley (como, por ejemplo, el derecho a rehusarse a declarar). En el caso del § 113 del Código Penal, el funcionario sólo puede determinar por su arbitrio si intervendrá o no —y en muchos casos tampoco dispone de libertad para tomar esta decisión—. La obligación del ciudadano de cumplir con los mandatos dictados según el arbitrio del funcionario, no surge de la voluntad del funcionario sino indudablemente de la norma legal del § 113 del Código Penal.

De esta manera, llegamos al resultado de que del precepto legal se deriva directamente una auténtica norma, mientras la orden del funcionario no puede considerarse como norma en este sentido, dado que carece de validez general y de la forma de una ley. Este resultado resta valor también a las consecuencias extraídas por Kaufmann respecto a la teoría del error. Su exposición no demuestra que quien resiste a un funcionario, en la creencia errónea de que éste no obra en ejercicio legítimo de su cargo, actúa con un error sobre la validez de la norma. Por tanto, no es concluyente tampoco la consecuencia de que .la representación falsa de esas circunstancias importe un error de prohibición.

■■′ ■ *e)* Señalaremos, por último, que aun cuando fuera correcta la opinión de Kaufmann relativa al carácter de norma de la orden oficial, la solución que ofrece para el problema del error no satisface en todos los casos al sen^

timiento jurídico. Habrá que discutir hasta qué punto no hay diferencias en el tratamiento práctico, si alguien se equivoca sobre la validez de una norma legal o de una orden dada por un funcionario. Pues la posibilidad de que una orden particular dada por un funcionario supere el marco de su autorización, es incomparablemente mayor que la posibilidad de que leyes dictadas por un parlamento democrático sean nulas por lesionar normas de mayor rango. Por ello, es que el primer error —por lo menos en muchos casos— es más disculpable que el segundo.

II. *Los elementos de la autoría*[31].

a) *La necesidad lógica de su tratamiento especial.*

Se ha demostrado que en las normas especiales la calificación del autor es un presupuesto del surgimiento de su deber. Dice Kaufmann: "Para la concreción es suficiente que el individuo esté caracterizado por los elementos que describen el sujeto de la norma; su conciencia actual o actualizable de la existencia de estas circunstancias es totalmente indiferente con respecto a la cuestión de la concreción de la norma en deber. De otra manera, sería también el conocimiento del deber presupuesto del deber mismo -una imposibilidad lógica—"[32].

Esta afirmación no prueba —aunque se la considere ilimitadamente correcta— lo que aparentemente debe probar, es decir, que los elementos de la autoría no pueden ser componentes del tipo abarcado por el dolo[33]. Pues aunque se conceda que el conocimiento de los elementos de la autoría es idéntico al conocimiento del deber especial y que el surgimiento del deber no puede ser depen-

=1 Ver *supra*, ps. 22/24, 42/45.
[32] Lug. cit., p. 142.
[8!] Coaf. lug. cit, ps. 152/153.

diente de la conciencia qvie el autor tenga de él, es claro que aquello que rige para el .surgimiento del deber no debe regir también necesariamente para el dolo. Un funcionario que no es concíente de su calidad de tal puede obrar a pesar de ello contra el deber —sin embargo, con ello no se ha dicho todavía que también haya actuado dolosamente—; podría ser muy bien que el legislador sólo hubiera querido poner bajo la amenaza de una pena la lesión conciente de los deberes que caracterizan los delitos de funcionarios. Tal suposición sería naturalmente sólo consecuente desde el punto de vista de la teoría del dolo. Por tanto, debe investigarse en qué medida el argumento de Kaufmann tiene validez para la teoría de la culpabilidad.

En este sentido, es preciso discutir la proposición según la cual, requerido el conocimiento de los elementos de la autoría como elemento del tipo subjetivo, implicaría convertir a tal conocimiento en presupuesto del deber.

Para los funcionarios de la administración del Estado, la afirmación de Kaufmann es falsa. Si para que un funcionario del Estado obre en forma típica y antijurídica, se oxige que sepa que obra como tal, ello no significa de ninguna manera que el conocimiento del deber sea presupuesto del deber; pues la conciencia de la calidad de funcionario no requiere más que el autor sepa que ha sido formalmente designado funcionario del servicio estatal. El conocimiento de algún deber especial no resulta, a este respecto, necesario.

La cuestión es algo diversa con respecto a los servidores del Estado que no son funcionarios en el sentido del derecho público, pero que caen, sin embargo, bajo la definición de funcionario del derecho penal. En estos casos, la calidad de funcionario no es un *status* permanente, sino un atributo que les corresponde conforme a las tareas que se le encomiendan. En este sentido es in-

diferente concebir el concepto de funcionario como lo hace Welzel, limitándolo a la realización de actos de soberanía[34] o —siguiendo a la jurisprudencia— ampliar el concepto a todos los actos que por su esencia pertenezcan al servicio correspondiente.

Si se exige a este hombre el conocimiento de la calidad de funcionario en todo su contenido significativo, ello sólo podrá significar que tendrá que conocer que en el correspondiente servicio *lo* alcanza un deber de lealtad que supera la medida común. Pues en estos casos, es este deber de lealtad lo que constituye la esencia de la calidad de funcionario. Su conocimiento corresponde en el plano del autor a quien los juristas asignan al concepto de funcionario. De aquí se deduce que aquellos qué además de exigir Jos conocimientos del lego respecto del carácter soberano de la acción oficial[35], requieren que el autor haya deducido su mayor deber de lealtad, en realidad, convierten el conocimiento del deber (de lealtad) en presupuesto de la acción típica y antijurídica.

Esta comprobación no puede demostrar de todos modos la corrección de la tesis de Kaufmann en el caso de los funcionarios en el puro sentido jurídico-penal. Pues el mayor deber general de servicio, que según la teoría combatida por Kaufmann, es requisito de la realización del tipo subjetivo, debe ser distinguido de los deberes que surjan de una situación concreta. Sólo este último deber, "que prescribe a un individuo totalmente determinado, una conducta concreta", es un "deber" en el sentido de Kaufmann. El autor no necesita tener el conocimiento *de este* deber para conocer su calidad de funcionario, es decir, su mayor deber de lealtad. Tampoco el empleado del Estado,

[34] Conf. *supra,* p. 43, nota 138.

[3B] Welzel, "JZ", 1952, p. 209, último párrafo, y Kaufmann quieren de todos modos renunciar a esto; igualmente BGHSt, 8, 323 y ss.

que se sabe alcanzado por el mayor deber jurídico del funcionario tiene necesariamente conocimiento de que no debe aceptar dádivas amistosas (§ 331), o entrar en un domicilio ajeno (§ 342), o que no debe abrir un paquete (§ 354). En consecuencia, el que considere la calidad de funcionario como elemento del tipo en su significación total, considerará también, por cierto, que el conocimiento de una relación general de deber más elevada que otras es presupuesto de la realización del tipo, cosa que no ocurre con el conocimiento del deber jurídico en el caso concreto (deber en el sentido de Kaufmann).

Llegamos así al siguiente resultado: si el dolo depende del conocimiento de la calidad de funcionario, el conocimiento del deber jurídico en el caso concreto no tiene que ser presupuesto del surgimiento del deber. Solamente en el caso de aquellos funcionarios, en el sentido del Código Penal, que no son funcionarios del derecho público, el conocimiento de la posición general más elevada de deber se torna presupuesto de la acción típica y antijurídica. Kaufmann ha confundido, aparentemente, ambos conceptos de deber. Sólo con respecto al primero son sus premisas correctas, pero precisamente para éste su tesis carece de fuerza probatoria.

b) *La necesidad ontológica del tratamiento específico.*

Si entiendo bien las expresiones escuetas, más alusivas que otra cosa, su opinión consiste en lo siguiente: los elementos de la autoría caracterizan la persona del agente. Si ellos tienen que ser alcanzados por el dolo, habrá que exigir, consecuentemente, que "el dolo comprenda en todos los casos también la persona del autor"[36]. El dolo tendría que referirse, entonces, no sólo a la calidad de

[36] Lug. cit., p. 151.

funcionario, soldado, etc., sino también a la capacidad de acción, en el sentido de Kaufmann[37], que en el ámbito del tipo de injusto se designa como "dominio del hecho"[38].

El dolo, dirigido al propio dominio del hecho no es otra cosa que el conocido *"animus auctoris"*[38]. Según esta teoría, la calidad de autor no depende solamente del dominio del hecho, sino también "de quererlo como propio". Con ello se demuestra que la concepción, según la cual los elementos de la autoría deben ser comprendidos por el dolo como circunstancias del hecho, y la tesis del *animus auctoris,* están interiormente vinculadas. El *animus auctoris* no es más que "la suposición de un elemento del tipo, la suposición de la existencia del dominio del hecho" [38]

De ello surge que computar los elementos de la autoría ■en el tipo penal conduce, consecuentemente, a la teoría del *animus.* Pero de esta manera, según el punto de vista de Kaufmann, tal opinión conduce al absurdo, por las siguientes razones:

aa) La teoría del *animus auctoris* es falsa. Quien tiene *el* dominio del hecho es autor, sea que quiera el hecho "como propio" o "como ajeno". Kaufmann no fundamenta esta concepción más profundamente, sino que remite a la opinión de Welzel[39] y Bockelmann *°, quienes, "con fundamentos ontológicos suministrados por la teoría de la acción", la habrían rebatido [41]. Pero si la fórmula del *ani7nus* es incorrecta y, por ello mismo, el dolo no debe dirigirse a la existencia del dominio del hecho, es lógico concluir que tampoco debe alcanzar los elementos que caracterizan al autor.

bb) Siel dominio del hecho fuera un elemento del tipo que debe ser comprendido por el dolo, "el partícipe con

[37] Ver *supra,* p. 22.
[88] Lug. cit, p. 151.
[89] *L.B.,* ps. 93/96 (6).
*° *Täterschaft,* p. 18.
« Lug. cit., ps. 151/152.

animus auctoris tendría que ser considerado como autor (putativo) de una tentativa inidónea, y, por cierto, de la tentativa (del hecho principal) de un sujeto inidóneo por falta de dominio del hecho [38]. De la misma manera, habría que considerar a aquellos que erróneamente suponen una calificación de autor no existente, es decir, en estos casos, también habría que sancionar por tentativa inidónea.

Sin embargo, la opinión dominante rechaza en estos casos la sanción por tentativa[42]. "Si ambas afirmaciones son correctas —y contra ellas nada puede observarse—, también la tesis de la vinculación del dolo con la calidad de autor resulta rebatida, dado que las consecuencias rechazadas surgen necesariamente de ésta" [43].

Ambos argumentos de Kaufman requieren una verificación sucesiva:

aa) La necesidad de un tratamiento especial de los elementos de la autoría debe surgir de la incorrección de la teoría del *animus.* En la consideración crítica de este argumento aceptaremos, para no ir demasiado lejos en el ámbito de la teoría de la participación, que el punto de partida de Kaufmann de que la teoría del *animus* es falsa no requiere de otras comprobaciones. ¿Surgen de aquí las consecuencias extraídas por Kaufmann?

Conforme a esta exposición parece como si la conclusión de que el autor debe obrar con conciencia de su dominio del hecho, fuera una consecuencia necesaria pero totalmente incorrecta de la teoría del *animus auctoris.* En realidad, esta conclusión no se deduce de la teoría del *animus,* ni es incorrecta, suponiendo que pudiera deducírsela de ella. Al contrario, la cuestión de la conciencia del dominio del hecho nada tiene que ver con la teoría del *animus.*

[42] **Conf. las comprobaciones lug. cit-, p. 152.**
[43] **Lug. cit., p. 152.**

Esto puede demostrarse con un ejemplo de Welzel. Según éste[44], el dominio del hecho lo tiene "sólo aquel que domina la producción del resultado mediante la dirección conciente del suceso causal en dirección al resultado". ¿Es en verdad indiferente para esta teoría —como Kaufmann tendría que aceptar— si el autor conoció su dominio del hecho o no?

> Tomemos el caso [4r>] de A y B; que equipados para la caza caminan por el bosque. De pronto, A ve, en un lugar solitario y escondido, a C, que se odia a muerte con B. A recuerda que B le ha manifestado que si encuentra a C solo y con armas le hará algo malo. Sencillamente lo matará. A tampoco quiere bien a C, pero nunca se arriesgará a cometer un asesinato. Por tanto, él mismo no quiere disparar ahora sobre C, pero le presta con mucho gusto su arma a B para hacer el disparo. Él presupone obviamente que B ha visto a C y deja en manos del propio B la decisión de dispararle o no. Al contrario, en ese momento B no se ha dado cuenta de que disparará sobre un hombre. B sólo piensa en la caza y cree ver en la figura oscura, que A le ha mostrado en la lejanía, un ciervo sobre el cual quiere disparar. B dispara y mata a C.

En este caso, A tiene, objetivamente considerado, "el dominio del hecho". Sólo él comprende la situación y dirige el curso del suceso, mientras B resulta ser solamente una herramienta ciega. Sin embargo, el dolo de A no se dirige al dominio del hecho. Si los hechos hubieran ocurrido tal como él se los ha representado, sólo hubiera resultado un cómplice del asesinato, en la medida en que careció del dominio del hecho. ¿Se lo puede considerar autor de un asesinato a pesar de la falta de conocimiento de su dominio del hecho? El propio Welzel ha respondido negativamente[46], afirmando que sería falso condenar como

" *L.B.*, p. 87 (6).

[45] Este caso está construido apoyándose en Bockelmann, "GA", 54, 200, y Welzel, L.B., ps. 105/106 (6).

*• *L.B.*, 1» ed., p. 70; en los resultados también en: *L.B.* (6), p. 106

autor a quien tiene el dominio* final del hecho sin saberlo, "porque ha tenido el dominio real del hecho", pues de esa manera el cómplice "se convertiría injustamente en autor". Y esto es correcto. En consecuencia, Welzel estima aquí la existencia de complicidad tentada en asesinato, que hoy no es punible y considera de aplicación la pena correspondiente al homicidio culposo. *(Nota del traductor:* Según el § 30 de la nueva Parte General del Código Penal alemán, la tentativa de complicidad es ahora punible).

De todo esto surge que para ser sancionado como autor se requiere el conocimiento del dominio del hecho. Esto ha sido aceptado también por Welzel, quien, sin embargo, ha combatido fuertemente la teoría del *animas auc-toris.* Consecuentemente, no es correcto afirmar que el *animus auctoris* no sea otra cosa que "la suposición de la existencia del dominio del hecho"[47], pues entonces la teoría, que condiciona la aplicación de la punibilidad correspondiente al autor como dependiente del *animus auctoris,* sería correcta.

La teoría del *animus* significa en realidad algo diverso. En el famoso "caso de la bañera"[48] *(nota del traductor:* la hermana de la madre del recién nacido lo ahogó en la bañera a pedido de la madre y fue condenada, sin embargo, sólo como cómplice), la autora tuvo objetiva y subjetivamente el dominio del hecho. La vida o la muerte del niño estuvieron solamente en sus manos, y ella *lo* supo. Por tanto, ella tuvo la conciencia del dominio del hecho, pues, obviamente aquí, como en todo otro caso, no se requiere el conocimiento del concepto jurídico cuando el autor valora la situación igualmente en la esfera del lego. Sin embargo, para determinar la autoría el Tribunal del Reich exigió más aún: No es suficiente el conocimiento

[47] *Lebendiges und Totes,* p. 151.

*x KGSt, 74, 84-86; cónf. últimamente Härtung, "JZ", 54, ps. 4-30/431.

del autor relativo a su dominio del hecho; es necesario además, que quiera tenerlo. Esta subjetivación demasiado amplia es inaceptable. También en el caso de quienes ven en la calidad de funcionario un elemento del tipo, es suficiente con que el autor sepa que es un funcionario y que le corresponde un mayor deber de lealtad. En cambio, es indiferente si quiso tenerlo o no. Lo mismo ocurre con el dominio del hecho. Como dice Welzel[49], con razón, no se puede sencillamente "alejar el hecho de uno como ajeno" cuando se es conciente del dominio del hecho. Si el Tribunal del Reich en muchos casos supuso la existencia del *animus auctoris* cuando el agente obró con un interés propio en la producción del resultado, es por otra parte bien claro que se trata de una exigencia que va más allá del dominio del hecho.

De esta manera, se comprueba que es posible tener conciencia del dominio del hecho sin *animus auctoris.* Es, por tanto, incorrecta la tesis de Kaufmann de que el *animus auctoris* sólo significaría la suposición de la existencia del dominio del hecho.

Estas reflexiones ponen en claro el error de Kaufmann al aportar la prueba de su teoría. Detrás de sus conclusiones está implícito el siguiente silogismo:

Premisa mayor: El *animus auctoris* consiste en la creencia de tener el dominio del hecho.

Tremisa menor: La teoría del *animus* es falsa.

1? conclusión: Por tanto, el autor no necesita conocer su dominio del hecho.

2^ conclusión: Por tanto, tampoco necesita conocer el resto de las circunstancias que caracterizan al autor, los elementos de la autoría.

La premisa mayor de este silogismo es falsa. Por tanto, de la falsedad de la teoría del *animus* no se puede

«' *LB., p.* 94 (6).

deducir ninguna conclusión referente al tratamiento de los elementos de la autoría.

bb) Kaufmann toma de la teoría de la tentativa un segundo argumento[50]. Su punto de partida es, en este caso, correcto. Si se permanece en la delimitación tradicional de tentativa y delito putativo, la suposición errónea de la existencia de cualquiera de los elementos del tipo importará una tentativa. Si la calidad de funcionario es, por tanto, un elemento del tipo penal, la suposición errónea de este elemento —por lo menos según las premisas generales básicas de la teoría del error— conducirá a la punibilidad por tentativa, si se dan los presupuestos restantes del delito"[1]. Aquí es preciso preguntarse si este resultado es tan insoportable que ya por ello se requiere admitir la existencia de un elemento del deber jurídico. Más abajo demostraremos que a partir de dichas consecuencias no surgen grandes dificultades[52]. Tampoco la teoría según la cual el dolo debe referirse al dominio del hecho, impone como consecuencia que el partícipe con *animus auctoris* sea punible por tentativa del hecho principal; pues la conciencia del dominio del hecho y el animus *auctoris* son, como lo hemos visto, dos cosas diferentes.

c) *La necesidad psicológica de un tratamiento especial.*

Kaufmann intenta derivar un tercer argumento justificante de la posición especial de los elementos de la autoría a partir de la esencia del dolo[53]. Su pensamiento puede resumirse claramente de la siguiente manera:

[50] Ver *supra, p.* 111.

°i Así ahora también Maurach, *Parle especial,* 2» ed., p. 617. En general: Bnms, *Der untaugliche Täter im Strafrecht.* Naturalmente, no debe excluirse la posibilidad de deducir de la esencia de la autoría un resultado distinto. Conf. *infra,* p. 262.

[52] Conf. *infra,* ps. 246/247, 262.

[03] Lug. cit., p. 152.

aa) El dolo es voluntad de realización.

hh) La voluntad de realización sólo puede dirigirse a algo que debe ser realizado.

ce) Los elementos de la autoría no puede realizarlos el autor. No se puede "querer realizar" ser un funcionario durante la ejecución del hecho. Se es funcionario o no.

dd) Por consecuencia, la exigencia de que el dolo se dirija a los elementos de la autoría es psicológicamente imposible.

ee) Por ello es que los elementos de la autoría no pueden pertenecer al tipo, pues es de la esencia de los elementos del tipo el ser comprendidos por el dolo.

Las conclusiones de este silogismo dependen de la corrección del punto de partida axiomático según el cual el dolo no es otra cosa que voluntad de realización. Esta tesis debe ser discutida. Existen fuera de los elementos de la autoría, numerosas circunstancias del hecho que reconocidamente deben ser comprendidas por el dolo, sin que por eso puedan ser realizadas por el autor. Un ladrón, por ejemplo, tiene que saber que la cosa sustraída es "ajena". Es evidente que no por ello el ladrón quiere "realizar" la ajenidad de la cosa. El autor de un estupro tiene que representarse que la muchacha no alcanzó todavía los 16 años de edad. Pero es imposible que quiera "realizar" la edad de la muchacha.

Es característico de todas estas circunstancias el no hallarse en relación de causalidad con la actuación de la voluntad. M. E. Mayer opinaba que se trata en estos casos de una propiedad que no sólo correspondería a los elementos normativos por él descubiertos[64]. Él creía, inclusive, que los elementos normativos se percibían fácilmente, pues en ellos faltaba el nexo causal entre la actuación de la voluntad y el resultado.

[54] ***Parte general,*** **p. 183.**

Sin embargo, esto es erróneo. Este fenómeno se produce también a menudo con relación a los elementos descriptivos. El ladrón no sólo no puede realizar la ajenidad de la cosa hurtada, sino tampoco su calidad de mueble; tal elemento no tiene influencia alguna sobre el carácter de cosa del objeto hurtado.

No puede sostenerse que el autor que quiere "sustraer una cosa mueble ajena" quiere también realizar todas estas circunstancias. Su voluntad se dirige sólo a la sustracción; la bicicleta hurtada era ya una cosa mueble ajena mucho antes de que el ladrón concibiera el plan de hurtarla.

En realidad, todas las circunstancias que yacen fuera de la acción misma, aunque tengan influencia con respecto al resultado perseguido, no pueden constituir objeto de la realización. Matar, lesionar, maltratar, sustraer, apropiarse, son sucesos cuya realización depende de mi voluntad. Todo lo demás está dado previamente a la situación, y no puede realizarse; es aquello en lo que mi voluntad se realiza.

La especialidad que Kaufmann afirma no rige con respecto a los elementos de la autoría solamente, sino también para todas las circunstancias del hecho, con excepción de aquellas que describen la acción. A partir de tales premisas, por tanto, los elementos de la autoría carecen de una posición especial.

Si se distingue entre "circunstancias de la acción", que pueden ser realizadas, y "circunstancias de la situación", que son independientes de la voluntad del autor, puede. afirmarse que el dolo es la voluntad de realización de la acción con conocimiento de las circunstancias de, la si-; tuación.

La demostración de Kaufmann fracasa en la reducción del contenido del dolo a la ypluntad$_v$..&e realización.

d) La necesidad dogmática de un tratamiento especial B5 .

Finalmente, intenta Kaufmann probar la pertenencia de los elementos de la autoría a la antijuricidad con ayuda del concepto personal de lo injusto desarrollado por Wel-zel[58]. No es posible aquí un tratamiento más pormenorizado de este tema, porque no encuentro en la fundamentación de Kaufmann el desarrollo correspondiente. En la parte decisiva, dice Kaufman[57]:

> "Los elementos de la acción y los elementos de la autoría tienden .. .al mismo objetivo: la caracterización de lo injusto personal; su existencia o su falta tiene el mismo efecto constitutivo. La función y la estructura son, sin embargo, en ambos casos totalmente diversas. Los elementos de la acción y los elementos de la autoría se agrupan en dos categorías cerradas • opuestas. Antijurídico es el acto que tiene todos los elementos de la acción y que además es realizado por un autor cualificado, es decir, que tiene los elementos de. la autoría. Para la valoración, *por tanto,* no es necesario tomar en cuenta la conciencia del autor".

Aquí se afirma, por cierto, la "diferencia esencial" de ambas especies de elementos fundamentadores de lo injus to en forma indubitable. En la argumentación de Kauf mann falta una fundamentación que pudiera justificar el *"por tanto"* contenido en la última oración. ,',

Por estos motivos, no es posible llevar a cabo aquí una verificación de las relaciones de los elementos de lá autoría y del concepto personal de lo injusto. Esta cues[1]

[55] La caracterización por mí elegida de "necesidad lógica, oritológiea; psicológica y dogmática" se refiere más a la conexión interna que a la caracterización. Ella podría prestarse a confusiones si lo que aquí quiere decirse no surgiera con suficiente claridad de la exposición.

°« Lug. cit, ps. 153/154.

[57] Lug. cit., p. 154.

tión será tratada más abajo[5]^ en relación a todos los elementos del deber jurídico.

e) Resumen.

Se ha demostrado que los fundamentos proporcionados por Kaufmann para explicar la posición especial de los elementos de la autoría frente a los restantes elementos del tipo, no tienen valor constrictivo.

aa) Hemos visto que la concepción de la calidad de funcionario como elemento del tipo no determina que el conocimiento del deber sea un presupuesto del debei *(supra, a).*

bb) Tampoco se prueba la pertenencia de los elementos de la autoría a la antijuricidad, rebatiendo la teoría del *animus auctoris* o recurriendo a los fundamentos de la teoría de la tentativa *(supra, b).*

ce) La diferencia entre estos elementos y los demás elementos del tipo no surge de la esencia del dolo *(supra,* c).

dd) Del concepto personal de lo injusto no se deduce ninguna razón para un tratamiento especial de los elementos de la autoría *(supra, d).*

í De todo esto surge que si el concepto de elementos del deber jurídico tiene alguna posibilidad fructífera, será preciso buscar otros modos de delimitarlo que el utilizado hasta ahora. Esto tendremos que intentarlo a continuación. Si ello no fuera posible, la investigación sobre estos problemas debería quedar aquí terminada, y —por cierto— con un resultado negativo.

[08] En el segundo capítulo de la segunda parte.

C) LA VERDADERA NATURALEZA DE LOS ELEMENTOS DEL DEBER JURÍDICO

Del desarrollo de nuestra investigación surge la iriü presión de que los elementos del deber jurídico de Welzeí y Kaufmann resultan ser una cantidad coloreada de elementos de diversas especies que han sido casualmente agrupados y que no se diferencian en forma clara de los demás elementos del tipo. Intentaremos, sin embargo, encontrar una conexión interna entre los componentes de este grupo.

I. *Elementos normativos.*

Algo resulta claro: todos los "puros elementos de la antijuricidad" en el sentido de Welzeí son elementos normativos. Ninguno de ellos se realiza en el mundo exterior, todos requieren ser comprobados mediante un juicio de valor, sólo son comprensibles espiritualmente y además comparten todas las características conceptuales de los elementos normativos'[9].

Con ello no se ha obtenido demasiado. Aun cuando se afirme con Engisch[80] que no todos los conceptos "referidos a un valor" merecen el predicado "normativo", si no se quiere proceder como Erik Wolf[81], tratando todas las circunstancias del hecho como elementos normativos, resta todavía un número tan considerable de elementos normativos, que los elementos del deber no pueden caracterizarse suficientemente sólo mediante su normatividad.

II. *Elementos normativos de carácter jurídico.*

Casi todos los elementos del deber jurídico señalados por Welzeí son de carácter puramente jurídico. "Ejercicio

[99] Conf. con esto Engisch, *Mezger-Festschrift,* ps. 145/151. [60] *Mezger-Festschrift,* ps. 142/143. [A1] Ver *supra,* p. 64.

legítimo del cargo", "competencia", "validez jurídica", "autorización", "permiso de la autoridad policial", "funcionario", "deber jurídico de evitar el resultado", "cuidado jurídicamente exigido": todos estos conceptos pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho. Se trata de "conceptos normativos específicamente jurídicos" en el sentido de Grünhut, o de "delitos de valoración jurídica" *{rechtliche Wertungsdelikte)* en el sentido de Mezger[61].

' Sólo encontramos una excepción en los § 240, II, y 253, II, que hacen depender la antijuricidad del concepto jurídicamente indeterminado de reprobabilidad. Más tarde, nos referiremos a la cuestión de si estas circunstancias requieren un tratamiento especial en referencia a los demás elementos del deber jurídico.

Si regresamos a la caracterización de los elementos del deber jurídico como elementos normativos específicamente jurídicos, se comprueba que el ámbito de las circunstancias que son alcanzadas por este concepto, se reduce esencialmente, pero que los elementos del deber jurídico siguen sin constituir un grupo cerrado. Conceptos como "documento" (§ 267), "matrimonio" (§ 171 y 172), "préstamo" (§ 302a) y muchos otros, son conceptos jurídicos; pero no constituyen elementos del deber jurídico,
o, por lo menos, no son considerados tales por Welzel.

III. *Elementos ábarcadores de la antijuricidad.*

1. *Delimitación frente a los elementos normativos específicamente jurídicos.*

La circunstancia de que los elementos del deber jurídico se destaquen con respecto a los elementos normativos

[61] Ver *supra*, p. 61.

específicamente jurídicos, es su relación con la antijurir cidad.

Por regla general, el conocimiento de un elemento del tipo, aunque se trate de elementos de naturaleza jurídico-normativa, no se vincula directamente con el conocimiento de la antijuricidad. Es perfectamente posible, p. ej., que alguien sepa con exactitud que su amante es casada y tener en claro la valoración social del adulterio, sin tener por ello conciencia de la antijuricidad. Lo mismo puede ocurrir —para poner un ejemplo tomado de la más reciente jurisprudencia— que el autor en su carácter de lego comprenda muy bien la significación del concepto jurídico 'instituto de crédito", sin hacerse por eso la idea de la antijuricidad de la explotación de tales institutos sin autorización[62]. Lo mismo rige para la mayoría de otros conceptos jurídico-normativos: se comprenden por un acto espiritual, el cual, sin embargo, no proporciona el conocimiento del deber.

Los casos presentados por Welzel como "momentos de la antijuricidad" constituyen, sin embargo, una excepción. Esto se verá sin dificultades en el análisis siguiente.

a) La legitimidad en el ejercicio del cargo: si el autor sabe que el funcionario a quien él se resiste está obrando "en legítimo ejercicio de su cargo", no es posible que obre con error de prohibición. El conocimiento de la legitimidad de la acción del funcionario incluye en sí la conciencia de la antijuricidad. Este juicio no se apoya en una probabilidad de estadística, sino en la certeza lógica. Está ya en la esencia de la cosa que la resistencia contra la acción adecuada a derecho de un funcionario, tiene el carácter de "contrario al derecho", y, por tanto, de antijurídica. Si yo sé que este funcionario tiene la autorización del orden jurídico para obrar en mi contra, no puedo suponer

«2 Conf. BGHSt, 4, 352; Welzel, "JZ", 1954, p. 279, nota 23.

a la vez tener en mi favor una autorización jurídica **para** defenderme de él.

Esto rige tanto para este elemento como inclusive para él caso de estado de necesidad supralégal. Si existe una situación de excepción en virtud de la cual alguien no está obligado a soportar, en ese caso concreto, la acción de un funcionario, que de otra manera sería antijurídica, el funcionario ya no se hallaría más en el ejercicio ilegítimo de su cargo, si a pesar de ello procede. Cuando el funcionario conoce la situación de necesidad en que se halla quien se resiste, esto es indudable. Y no puede ser de otra manera cuando aquella circunstancia le es desconocida; pues en la medida en que el orden jurídico permite a alguien defenderse frente a la intervención de una autoridad, no puede al mismo tiempo facultar al funcionario a obrar en sentido contrario. En este caso, estaríamos sólo en presencia de un ejercicio antijurídico, pero nó conciente (y en la mayoría de los casos no culpable). Es característico del elemento dé la "legitimidad del ejercicio del cargo" el crear dificultades para una clara separación del tipo y la antijuricidad en un sistema que así lo requiera; ya Beling se ha ocupado de este problema. Según su opinión, la "legitimidad del ejercicio de un cargo" es elemento del tipo; lo que Beling no puede conceder es que en estos casos la conciencia de la realización del tipo y la conciencia de la antijuricidad coinciden. Él escribe a esté respecto[63]:

> "Comprobado que el funcionario ha obrado en el legítimo ejercicio de su cargo, ello no será todavia suficiente para condenar a quien ha ejercido resistencia: debe resolverse todavía la cuestión de la antijuricidad. Por cierto que este problema no puede desarrollarse completamente, en parte ello ya ha sido hecho: atribuyendo al funcionario legitimidad en el ejer$_r$

«a *L.v.V.,* ps. 157/158.

> cicio de su cargo, se dice al mismo tiempo que no ha llevado a cabo una "agresión antijurídica". Consecuentemente, la defensa necesaria ya no entra en consideración. Pero de ello no surge todavía la antijuricidad del hecho: todavía es posible que el autor no haya obrado antijurídicamente. Por ejemplo, el funcionario que ejecuta la decisión judicial quiere tomar posesión de un traje y un funcionario de la policía criminal se lo impide, pues desea secuestrarlo para un proceso penal, y lo aparta violentamente. Es posible que en este caso no se acepte un ejercicio legítimo del cargo de parte del funcionario ejecutor desde el momento en que se declaró el embargo. Pero si se supone —y ello es en todo caso posible— que obró en forma adecuada a derecho, el funcionario policial de todos modos no resultará punible pues si ha obrado típicamente, lo ha hecho amparado por su propio cargo y, por tanto, conforme a derecho".

:: ¡Qué idea tan especial! Un funcionario que resiste la comunicación de una orden de embargo válida obrará en el ejercicio legítimo de su cargo. Según Beling, el procedimiento de ambos es totalmente adecuado a derecho. Ello conduce a resultados inadmisibles, si por ejemplo ambos se causan lesiones graves. ¿Quién tiene derecho a defenderse de quién, si ambos han obrado conforme a derecho? Como lo demuestra su cuidadosa manera de expresarse, Beling parecería no haber creído en la fuerza concluyente dé su argumentación, sino que mediante este resultado llega a salvar la "neutralidad valorativä" de su concepto del tipo penal. Sin embargo, el cuidado en la expresión —sostener su solución "sería en todo caso posible"— no puede tornar aceptable su conclusión, pues se trata de una solución prácticamente insostenible.

Con referencia al § 113 del Código Penal rige, en consecuencia, lo siguiente: La conciencia de que el funcionario actúa en el legítimo ejercicio de su cargo, está acompañada en todos los casos con certeza lógica de la conciencia de la antijuricidad. Lo mismo ocurre con la expresión "en el legítimo ejercicio de su cargo o de sus dere-

chos" del § 117. Se trata de una propiedad de estos elementos que los diferencia de las circunstancias típicas comunes (inclusive aquellas de naturaleza jurídico-norma-tiva).

b) Este cuadro se presenta también en los delitos de omisión. Si se considera al deber de actuar o de evitar el resultado como un elemento del tipo, la conciencia de la antijuricidad se da unida con el conocimiento de las circunstancias de tales deberes. Quien sabe que le incumbe un deber de acción o de evitar un resultado, obra siempre con conciencia de la antijuricidad si lesiona concientemente el deber impuesto por el derecho.

Welzel mantiene una posición, de todos modos, algo diversa[64], pues opina que a pesar de la lesión del deber de garantía, es posible la exclusión de la antijuricidad por efecto de una causa de justificación. Cuando alguien encargado de la guarda ha renunciado de manera jurídicamente eficaz al auxilio de otro, omitiendo de esta forma una intervención que habría evitado el resultado, conforme a la posición aquí sostenida se excluye la punibilidad por omisión porque en el caso concreto y en el momento del hecho no existía deber de evitar el resultado. Welzel, al contrario, argumenta de otra manera: en el momento de la omisión el autor tuvo un deber de garantía, que ha lesionado no interviniendo. La lesión del deber, sin embargo, se justifica por la causa de justificación del consentimiento [6!5]. Sobre la base de esta concepción, es posible decir, de todos modos, que también el autor que sabe que mediante su inactividad lesiona un deber jurídico de evitar el resultado, no tendrá todavía necesariamente con ciencia de la antijuricidad, pues puede pensar en una causa de justificación de la lesión del deber.

[64] *L.B.,* ps. 184, 464 (6). •"
L.B., p. 464 (6).

Este punto de vista difícilmente puede ser correcto. La consideración de la obligación del autor depende solamente del deber concreto en el caso particular. Si la acción del autor es conforme a derecho, no lesionará ningún deber jurídico.

Por lo general, las conexiones explicadas no son puestas suficientemente de manifiesto. Precisamente en los delitos de omisión se las reconoce cada vez más. En este sentido dice, por ejemplo, Gallas, considerando el deber de evitar el resultado en los delitos impropios de omisión como componente del tipo penal[68]: "Lo problemático de esta solución reside en que el dolo, que abarca el conocimiento del deber de acción, coincide aquí prácticamente con la conciencia de hacer algo en general ilícito...". Este punto de vista, al que Gallas llega sin vincularlo con la teoría de los elementos del deber jurídico, es totalmente acertado.

c) Si el concepto de "falta de autorización" no se limita a los casos de obrar contra la voluntad del autorizante, sino que se lo toma en un sentido más comprensivo, de tal manera que, por ejemplo, la apertura de una carta ajena con el objeto de salvar la vida a alguien no resulta "no-autorizada", deberá admitirse también en estos casos que la conciencia de obrar "sin autorización" coincidirá siempre con la conciencia de la prohibición[6T].

d) Similar es lo que ocurre con el concepto de "competencia". Esto se ve con la mayor claridad en el § 360, inc. 8, del Código Penal. Según él, resulta punible "quien proporciona datos incorrectos sobre su nombre a una au

6« "JZ", 1952, p. 373.

[67] Si se quiere proceder de esta manera o no, es una cuestión de gustos sobre la cual no cabe discutir. Si el concepto se concibe de otra manera, sólo contendrá una referencia a las causas de justificación en particular, como el consentimiento, la autorización, § 100, III y 98, StPO, etc., sin alcanzar al estado de necesidad supralegal.

torídad o funcionario competente". Ya en la fundamenta-ción del Proyecto de Código Penal para la Confederación Nord-alemana se consideró "competente" a todo funcionario "que tiene el derecho de averiguar el nombre"[08]. También en la jurisprudencia y en la doctrina se ha impuesto más tarde la concepción, según la cual la "competencia" en el sentido del § 360, inc. 8, sólo se da cuando el funcionario tiene el derecho soberano de preguntar por el nombre"[0]. Tal posición ha sido también seguida por la jurisprudencia más moderna. Así es como puede leersíe en una sentencia del Tribunal Superior de Hamm[70]: "Competente, en el sentido de la prescripción del § 360, I, inc. 8, del Código Penal, es aquel funcionario a quien le corresponde la facultad de preguntar por los datos persona-les. ..". A partir de esta concepción, se ve con claridad que dirigir el dolo a la competencia no significa otra cosa que tener conciencia del derecho del funcionario a inquirir —y este conocimiento está necesariamente conectado con la conciencia de la antijuricidad, cuando el interrogado no dice la verdad a pesar de tal conocimiento—.

No es esencialmente distinto lo que se observa en los delitos de perjurio y en otras disposiciones en las cuales la "competencia" cumple un papel. La facultad jurídica de una autoridad para recibir juramentos, declaraciones de testigos, etc., surge sólo de su competencia, de manera que aquí, esencialmente, la conciencia de la competencia es idéntica a la conciencia del derecho de la autoridad. El derecho de la autoridad, sin embargo, se corresponde con su propia obligación: quien tiene conciencia de ella no puede, sin embargo, creer normalmente que está autorizado a sabotear las acciones jurídicamente ordenadas

<« Citado en RGSt, 72, 30. «">
Conf. RGSt, 72, 30/31. 70
"NJW, 1954, p. 1212.

mediante declaraciones falsas (§ 153 y ss.), o violando garantías o medidas cautelares de una ejecución *(Verstrickungsbruch)* (§ 137). El desarrollo es similar al del caso del § 113 del Código Penal: la competencia no se determina en muchos casos por las disposiciones legales de la organización de la autoridad, sino mediante las obligaciones del afectado. No importa si en el caso concreto puede comprobarse el derecho legalmente acordado de xecibir un juramento o de embargar, sino que es suficiente la existencia de una competencia "abstracta"[71], puesto que se exige a los ciudadanos también respetar actos injustificados, en la medida en que ellos no constituyen faltas demasiado gruesas. Por tanto, en el caso particular, una autoridad "incompetente" puede ser, sin embargo, "competente" en el sentido de la disposición penal correspondiente, cuando el ciudadano sólo debe decir la verdad (§ 154) o no debe, por propia decisión, dejar sin efecto las medidas cautelares de una ejecución o tornar inciertas las garantías dadas sobre una cosa (§ 137). Por consiguiente, la determinación de la competencia de la autoridad surge de la propia obligación, de cuya lesión dolosa se deduce también la conciencia de la antijuricidad de manera irrefutable. En consecuencia, en la mayoría de los casos, no resulta incorrecto afirmar, como lo hace Welzel, que la "competencia" se define como "el derecho y el deber de una autoridad de actuar e¡n una cuestión determinada"[72]; agregando[3]: "El contenido de la conciencia del autor con respecto al elemento «competente» no puede comprender más que la representación de que «frente a esta autoridad estoy obligado a decir verdad

[71] Conf. sólo Wemer, *LK*, 8* ed., § 137, nota III, p. 771, y Mezger, IX, 8» ed., § 154, nota 4, p. 14.

72 "JZ" 1952, p: 135.

™ "JZ", 1953, p. 120.

(§ 153 y ss.), a dar correctamente mi nombre (§ 360, ine. 8), etcV'[74].

Por cierto que las excepciones son posibles, especialmente en los casos de estado de necesidad supralegal. Si alguien jura falsamente para salvar la vida de otro, estando a su vez amenazado de muerte, no se lo considerará obligado a decir la verdad. Sin embargo, difícilmente podrá afirmarse que en tales casos la autoridad es "incompetente" para recibir el juramento. Como consecuencia de ello no es necesario, en tales situaciones, que la conciencia de la competencia de la autoridad implique el conocimiento de la antijuricidad por parte de quien jura falsamente[7S]

Tales excepciones no modifican en nada el principio por el cual, en los casos normales, no puede separarse el conocimiento del deber del conocimiento de este elemento.

e) El concepto de "validez jurídica" en el § 110 del Código Penal tiene las mismas características. Quien sabe que la orden es "jurídicamente válida" no puede pensar que está jurídicamente autorizado para instigar a su desobediencia[76]. Y a la inversa, quien instiga a la desobediencia contra una orden jurídicamente válida —que él conoce como tal—, sabe al mismo tiempo que obra antijurídicamente.

/) Lo mismo sucede en el caso de la "obligatoriedad" y de la "falta de autorización" en el derecho penal militar. Quien sabe que no cumple con una orden "obligatoria" o que abandona la tropa "sin autorización", tiene al mismo tiempo conciencia de la antijuricidad.

[74] Es discutible que el contenido de la conciencia no puede alcanzar nada distinto: abarcará también, por ej., la especie de la autoridad; lo correcto es que el contenido de la conciencia alcance también a la propia obligación.

[75] Una situación excepcional semejante se da en BGHSt, 5, 118 (una ,-víctjma -del nacionalsocialismo creyó estar autorizada a negar —por causas jurídicas especiales— una vinculación, anterior con el NSDAP).

[76] En esto tenemos que dejar de lado aquí el raro caso del. estado de necesidad supralegal.

2. *Caracterización provisoria.*

Hasta ahora, todos los ejemplos traídos a colación de los elementos del deber jurídico de Welzel, tienen en común — como se ha demostrado— que se destacan de las circunstancias de hecho comunes (inclusive las de carácter jurídico-normativo). El conocimiento de tales elementos significa para el autor, siempre (conf. *supra,* 1, *a, b, f,* eventualmente c), o por lo menos en la mayoría de los casos *(supra,* 1, *d, e),* la conciencia de la antijuricidad formal de su hecho con necesidad lógica; al contrario, ni las circunstancias de hecho individualmente consideradas, ni el conjunto de ellas, resulta adecuado para trasmitir al autor la conciencia de la antíjuricidad. Comprendiendo la expresión "elemento del deber jurídico" (en forma distinta a como lo hace Welzel) de tal manera que con ella se designan todos los elementos que ponen al autor en conocimiento directo de su deber jurídico, tal designación resultaría entonces acertada para los casos discutidos más arriba. Se podría también designar a estos elementos como circunstancias "valoradoras totales" o "abarcantes de la antijuricidad", dado que ellas, junto a su función[TT] de describir en el caso normal, comprenden en sí también el juicio de antijuricidad reservado a la valoración total del hecho. Estas expresiones serán utilizadas en lo sucesivo en forma indistinta, mientras no se indique lo contrario.

Si los elementos del deber jurídico se" consideran en principio como un grupo diferenciable del resto de las circunstancias de hecho en el sentido descrito, se presenta inmediatamente la cuestión de si, a pesar de esta diferenr cia, es posible todavía a causa de sus elementos en común, computarlos como integrantes del tipo penal, o bien inte> grarlos en la antijuricidad! Todavía no es posible una res-

[77] Ver sobre esto *supra,* ps. 94/99, y además, *ittfrq,* ps 209/220i

puesta definitiva. La solución de los problemas que surgen de los elementos del deber jurídico únicamente es factible a partir de una teoría objetivamente correcta del error, de la tentativa y del tipo, la cual sólo podrá desarrollarse más adelante. Por el momento, el objetivo únicamente es ver cómo *son* los elementos del deber jurídico, y no cómo debe tratárselos.

Con estas reservas es posible afirmar lo siguiente: si los elementos de naturaleza descriptiva del hecho se consideran elementos del tipo, tal como básicamente lo hace Welzel, los elementos del deber jurídico pertenecerán al tipo penal, en la medida en que no se diferencian de las circunstancias de hecho normativas [78]. De esta manera, estos elementos deben ser abarcados por el dolo y se caracterizarán frente a las otras circunstancias de hecho (también normativo-jurídicas) porque en virtud del conocimiento de ellas, en la mayoría de los casos el autor deducirá con necesidad lógica la prohibición de su hecho. Este rasgo esencial de los elementos del deber jurídico, consistente en expresar en el caso normal el disvalor jurídico que recae sobre la totalidad del hecho, es de todos modos una propiedad que según la teoría de Welzel[79] y la opinión preponderante, tendría que fundamentar su pertenencia a la antijuricidad. Los elementos del deber jurídico tienen. por tanto, una doble faz: describen el hecho, y, por otra parte, albergan en sí el juicio de antijuricidad.

El gran mérito de Welzel y Armin Kaufmann es el de haber puesto de manifiesto por primera vez esta característica especial. Su concepción, según la cual se trata de puros componentes de la antijuricidad, no podemos, sin embargo, compartirlos en razón de los resultados alcanzados hasta ahora por esta investigación, aunque permanez-

w Ver *supra*, ps. 94/99. w
Conf. *L.B.*, p. 47 (6).

eariios dentro del propio campo conceptual de estos autores[80]. Al contrario, se trata de circunstancias en las cuales la descripción y valoración jurídica del hecho total, lo que según las propias premisas de Welzel se corresponde con la distinción entre elementos del tipo y de la antijuricidad, se hallan entrelazadas[81]. Tales extremos no han sido reconocidos ni por Welzel ni por los críticos de su teoría^ que ven en los "elementos del deber jurídico" elementos del tipo comunes, en razón de su similitud con las circunstancias de hecho. Sólo Henkel ha vislumbrado recientemente esta situación en los casos especiales del deber de evitar un resultado en los delitos impropios de omisión, aunque naturalmente, sin referirse expresamente al problema de los elementos del deber jurídico. Dice Henkel[82]: en los delitos impropios de omisión, "la comprobación de la adecuación típica se da juntamente con la de la antijuricidad..., la lesión del deber fundamenta al mismo tiempo, el contenido de injusto del comportamiento, de forma tal que la adecuación típica y la antijuricidad están inseparablemente ligadas una con la otra". [i] Yendo más allá de este caso particular, ésta es, precisamente, la consecuencia que puede extraerse para lös demás elementos del deber jurídico mencionados[83], si se atribuye al tipo una función individualizadora y al juicio de antijuricidad una función valoradora. Si, y en qué medida debe llegarse a esta conclusión, requiere todavía una

[80] El segundo capítulo de esta parte: "crítica intrasistemática", aportará además material esencial sobre la pertenencia de este elemento, por lo *menos también,* al tipo penal, conforme a la idea fundamental del sistema finalista.

[81] Por ello no podemos aceptar la caracterización de estas circunstancias como "puros momentos de la antijuricidad", recientemente preferida por Welzel.

[82] *Mezger-Festschrtft,* p. 280.

[83] En lo cual, de todos modoS, como se ha mostrado, hay que prescindir; éhí algunos, casos de raras situaciones excepcionales (estado de necesidad supralegal).

verificación. Por este motivo, ños damos ahora por satisfechos con esta caracterización provisoria.

3. *Casos exceptuados e incorporados.*

La especialidad que hemos comprobado no se da, de todos modos, en todos los elementos de la antijuricidad que Welzel ha caracterizado como tales. Del marco de las circunstancias que deben considerarse como "elementos del deber jurídico" en nuestro sentido, sobresalen los siguientes casos:

a) Los tipos que sancionan determinadas acciones, en el caso en que sean realizadas "sin autorización policial o de la autoridad o el permiso correspondiente"[8]*. Si alguien dispone una ofendícula (§ 367, inc. 8) sabiendo que carece de autorización policial, no por eso tendrá necesariamente conciencia de la antijuricidad, pues puede serle desconocido que se exige tal autorización. Para que estos tipos adquirieran carácter abarcante de la antijuricidad, deberían incorporar tácitamente en todos los casos la palabra "requerida" en la descripción del hecho, como lo hace el propio legislador, por ejemplo, en el § 367, incs. 4[85] *y* 5[86]. El saber que se obra sin el permiso jurídicamente exigido implica la conciencia de la antijuricidad. La cuestión de si este tipo penal puede ampliarse en todos los casos, no puede discutirse aquí. Sin ello, este grupo, que sólo contendría una causa de justificación en el sentido tradicional, queda algo fuera de los restantes elementos del deber jurídico.

b) Los casos más arriba[87] reconocidos como atípicos de los § 240, II, y 253, II.

En virtud de ellos, el autor sólo alcanzará la concien-

[84] Conf. *supra,* p. 12.
[88] "Sin la autorización prescrita".
[86] "Una reparación para la cual se requiere autorización policial".
« Conf. p. 122.

cia de la reprobabilidad social (y si se quiere, la antíjüricidad material) de su hecho. Pero, sin embargo, no ex presan nada con respecto a la prohibición: no toda acción socialmente reprobable está prohibida por el derecho. El elemento de la contravención de un deber jurídico no está contenido en esos tipos penales. Por tanto, ellos no per tenecen al grupo de las circunstancias que nosotros desig namos como elementos del deber jurídico.

Lo mismo rige para los casos de adecuación social, que Welzel, de todos modos, no incluye expresamente entre los elementos del deber jurídico; quien cree en la falta de adecuación social de una acción, no tendrá necesariamente, por ello, el conocimiento de la prohibición.

c) Por último, tenemos una excepción en los casos; que Welzel ya no considera como momentos de la antiju-ricidad (distinto es el caso de Armin Kaufmann): los elementos de la autoría y la calificación jurídica del hechor previo en el encubrimiento.

Quien sabe de su calidad de funcionario sólo conoce, por ello, su deber de fidelidad mayor, pero no su deber en el caso concreto. Esto ha sido explicado pormenorizada-mente más arriba[88]. Ello rige también para los otros elementos de la autoría.

Un problema especial está constituido por el conocimiento del hecho previo en el encubrimiento y en la receptación de cosas provenientes de un hecho delictivo. Estos casos no son tratados como propios elementos del deber jurídico por Welzel[89], sino considerados sólo como "calificaciones de la antijuricidad". Tampoco caben dentro del marco de los elementos abarcantes de la antijuricidad que hemos propuesto: quien conoce la prohibición o la punibilidad del hecho previo, no deduce de ello necesariamente la prohibición del encubrimiento, aun cuan-

88 *Supra,* ps. 107/110.
89 Conf. *L.B.,* ps. 73, 148/49 (6).

^o ,én.la mayoría de los casos se dará el conocimiento de esta circunstancia.

d) Tampoco los delitos culposos son abarcados por nuestra caracterización, dado que en ellos falta tanto el dolo como la conciencia de la antijuricidad y, por tanto, ambos no pueden darse conjuntamente.

Estos casos no pueden incluirse en un concepto común con los del grupo antes expuesto de las circunstancias valoradoras totales. Por otra parte, aparecen otras circunstancias que Welzel, por cierto, no considera ele* meñtos del deber jurídico, pero que a pesar de ello ca[1] racterizan elementos abárcadores de la antijuricidad. Algunos pocos ejemplos serán ilustrativos:

Con las palabras "lesionando un derecho de caza ajeno",;, del § 292 del Código Penal, se presenta una circunstancia abarcante de la antijuricidad. Sabiendo que se "lesiona" el derecho de otro a apropiarse de la pieza de caza, se conoce también la antijuricidad del hecho. Según Welzel,! de todas maneras, debe darse sólo una lesión de un ¡derecho de caza ajeno, pero justificado en los casos de otorgamiento de permiso de caza eficaz o de persecución *áb.*la pieza convenida[00]. Sin embargo, esto no puede aceptarse: quien está autorizado a cazar en un coto ajeno no "lesiona" derecho de caza ajeno alguno. Por este motivo, se justifica la utilización constante de este caso como ejemplo de la fungibilidad de la adecuación típica y la antijuricidad [91]. • Lo mismo ocurre también con los elementos subjetivos^ del tipo —por lo menos, si se sigue la concepción actual—*;* que de manera más o menos encubierta convierten a la conciencia de la antijuricidad en componente del tipo subjetivo. Es así como en el hurto se requiere la intención de ■ "apropiarse antijurídicamente" de la cosa (§ 242); en

»o *L.B.*, p. 295 (6).

[91] Conf. últimamente Schröder, "MDR", 1951,. p. 388.

Ja extorsión (§;253) y en la estafa (§263) se requiere/.la intención de enriquecerse o de "enriquecer a otro injúi-i tamente" ó de "obtener para sí o para otro una í ventaja patrimonial antijurídica". Quien obra con la intención'ex presada en la ley, seguramente no podrá invocar su falta de conciencia de lo injusto. En este sentido, estas pres cripciones son comparables con los casos que nosotros he ñios destacado. No debe sorprender, por ello, que Welzel niegue en estos tres casos el carácter de elemento típico a estos giros[92]. La diferencia de estos elementos con resr pecto a los elementos del deber jurídico consiste en que ellos no están incluidos en la descripción objetiva del tipo, sino en que la ley los conecta expresamente con la interir ción del autor. :>:

También pertenece a los elementos del deber jurídico en nuestro sentido, el concepto de pretensión impositiva, cuya abreviatura surge de la interpretación seguida en la praxis respecto del tipo del § 396 de la RAbgO[93]. Si alguien conoce la concreta pretensión impositiva del Estado con respecto a él, no puede pensar que no tiene que cumplir con su deber de pago. Sin embargo, Welzel qonsk dera *este* elemento como una circunstancia del hecho, y no como un momento de la antijuricidad[94].

Estos ejemplos —que no agotan todas las posibilidades— muestran que los elementos del deber jurídico de Welzel y nuestras circunstancias abarcadoras de la antijuricidad, no coinciden ni en su caracterización ni en su extensión. Pero dado que los momentos de la antijuricidad de Welzel, como se desprende de nuestra verificación pormenorizada, no tienen una particularidad común frente a las demás circunstancias del hecho, tendremos que conformarnos con haber encontrado, por lo menos para la

»2 *L.B.*, ps. 284, 305/306, 309 (6).
»3 Conf. Welzel, "NJW", 195S, ps. 486/488.
94 "NJW", 1953, ps. 486 y. 487.

mayor parte, y la más importante, de sus elementos del deber jurídico, un criterio conceptual con ayuda del cual podrá desarrollarse más tarde una solución de los difíciles problemas que tales elementos plantean en el ámbito del error y la tentativa.

4. *Resumen.*

Como resultado podemos sostener que la esencia de los elementos del deber jurídico no reside en las partícula* ridades destacadas por Welzel y Armin Kaufmann. En este sentido debe darse la razón a la crítica según la cual estos elementos sólo tendrían una "pretendida" especialidad[85]. La esencia de los elementos del deber jurídico consiste en que el conocimiento de tales elementos, por regla general, implica necesariamente el conocimiento de la prohibición. Los elementos del deber jurídico comprenden —a pesar de su carácter descriptivo del hecho—, al mismo tiempo, la antijuricidad. Con esta caracterización, algunos de los momentos de la antijuricidad en el sentido de Welzel quedarán fuera del ámbito delimitado por nosotros, mientras que se incorporan otras circunstancias.

De esta manera se cierra la crítica conceptual. El tratamiento práctico de los elementos del deber jurídico, de ahora en más claramente caracterizados, se llevará a cabo en el tercer capítulo. Previamente, emprenderemos la crítica intrasistemática y con ello de la posición asignada a los elementos del deber jurídico en el sistema finalista.

™ Mezger, *L.K.*, 8» ed., § 59, I, 3, p. 477.

CAPÍTULO II CRITICA INTRASISTEMÁTICA

A) CONTRADICCIONES EN EL SISTEMA

I. *Tipos abiertos y concepto personal de lo injusto.*

La inclusión del dolo en el concepto de acción y, por tanto, en el tipo penal, ha dado también una nueva fundamentación a la teoría de lo injusto. En oposición a la concepción anteriormente dominante, para la cual lo injusto se agota en la mera lesión del bien jurídico totalmente independiente del contenido de voluntad del autor, Welzel ha desarrollado consecuentemente a partir de la teoría final de la acción, el llamado concepto personal de lo injusto[96]. Según ello, la lesión del bien jurídico llevada a cabo por el autor, el disvalor del resultado, constituye sin duda un factor esencial para la determinación de lo injusto; pero su significación es mucho menor que la del disvalor contenido en la actitud interior del autor dirigida a la lesión del bien jurídico. No es el disvalor del resultado —que en el caso particular podría faltar (por ejem

»« Conf. solamente *L.B.*, ps. 56/57 (6), y últimamente la disertación (tesis doctoral) de la Universidad de Gotinga (todavía no publicada) de Hermann, Lampe i *Über den personalen. Unrechtsbegriff im Strafrecht*, que brinda un buen panorama histórico-dogmático, sobre el cual no se puede entrar aquí en consideraciones..

pío, en la tentativa injdónea)— aquello que constituirá el núcleo de lo. injusto, sino el disvalor del acto o de la acción que se expresa en la "distancia de la acción jurídica respecto de los valores fundamentales"[97]. "Antijurídico es el hecho sólo como obra de un autor determinado que acuña en el hecho su contenido de voluntad"[88].

Esta teoría es difícilmente compatible con la construcción de los tipos abiertos.

En efecto, la realización de lo injusto depende, según la teoría final de la acción, en la mayoría de los casos, de la actitud interior del autor en tanto que éste pudo conocer las circunstancias de hecho pertenecientes al aspecto objetivo del hecho. "Injusto" es, según la concepción de Welzel, el objeto de la valoración y la valoración de él conjugados en una misma estructura, "el comportamiento antijurídico mismo"[89]. Los momentos subjetivos penetran en el concepto de injusto en la medida en que ellos están contenidos en el tipo penal, es decir, en el objeto de la valoración. Sobre estas bases, el concepto personal de lo injusto podría verificarse en los tipos abiertos sólo si éstos estuvieran conformados de tal manera que el conocimiento de las circunstancias de hecho que lo componen pusiera de manifiesto la actividad finalmente orientada, la actitud del autor. Pero éste no es el caso de los tipos abiertos. Al faltarles, por definición, toda relación con lo injusto, su realización conciente no expresará, de ninguna manera, un "disvalor de acto adecuado al modo de ser" del autor [10]o.

De todos modos, no puede soslayarse que nuestro problema no se vincula a un concepto personal del tipo

" *L.B.*, ps. 2/3 (6). ,
[98] *L.B.*, 52 (5); igualmente, pero sin la última media frase, p. 56 (6). »o *L.B.;* p. 48 (6). íoo Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 26.

penal, Sino a un concepto personal de lo irijuslio. Un tipo acromático no dañaría el concepto personal de lo injusto si fuera posible incluir en la antijurícidad elementos subjetivos "caracterizadores del modo de ser". Conforme a la teoría dominante, los elementos subjetivos de lo injusto, :que al mismo tiempo no sean elementos del tipo, se encuentran sólo en casos excepcionales[101]; piénsese, por ejemplo, en la voluntad de defensa de la defensa necesaria. Sin embargóles característico lo que para nosotros no es propiamente sorprendente: precisamente Welzel tiende recientemente a incorporar ciertos elementos subjetivos de la justificación. En el § 240, II, del Código Penal la antijurícidad depende del fin subjetivamente perseguido por el autor, carente de toda influencia en el momento de la realización del tipo[102]; así como en los delitos especiales, el conocimiento de las circunstancias vitales fundamenta-- • doras del deber eran presupuestos de la antijurícidad [103] y en los delitos impropios de omisión la acción sólo era antijurídica si el autor tuvo conocimiento de su posición de garante[104]. En los tres casos, la representación falsa subjetiva del autor, que no modifica para nada la realización objetiva y subjetiva del tipo, podía excluir la antijurícidad. Esta construcción pudo haber sido extraña y quizá incorrecta; de todos modos, resultaba satisfactoria para el concepto personal de lo injusto y eliminaba la contradicción entre esta concepción y la construcción de los tipos abiertos. De esta manera, se llega a los mismos resultados —en relación al concepto personal de lo injusto— que con la más reciente teoría de Welzel, según la cual los elementos de la autoría y las circunstancias fundamentadoras

[101] Por lo cual también ambas expresiones se usan a menudo como sinónimos.
[102] Lug. cit., ps. 19/20.
[103] Lug. cit., ps. 26/27.
'<>* Lug. cit., ps. 31/32.

del deber de garantía, pertenecen inclusive otra vez al tipo penal[105].

Esto no modifica en nada el hecho de que en el mayor número de los casos en que se establecen tipos abiertos "valorativamente neutros" (en relación al injusto) carecen de complementación mediante elementos subjetivos de la antijuricidad. La comprobación, llevada a cabo más arriba, de que el contenido subjetivo de lo injusto se agota en los elementos subjetivos del tipo, rige en los tipos abiertos sin limitación alguna. En estos casos, se hace clara la bifurcación: no se comprende de qué manera debe surgir de la comprobación de lo injusto, qué finalidad dio el autor al hecho objetivo, con qué actitud ha cometido el hecho" [106]. Según la teoría de los elementos del deber jurídico, el autor obra en forma típica y antijurídica (= injusto) en el caso del § 368, inc. 9, si sabe que camina sobre un jardín. Todos los demás elementos fundamentadores de lo injusto tienen naturaleza puramente objetiva y no requieren ser alcanzados por el dolo del autor; es en vano preguntarse cómo es posible que el autor, que sólo sabe que camina sobre un jardín, pone su sello al hecho con este contenido de voluntad. Tal lo que ocurre también, precisamente, en el caso de los tipos abiertos: quien resiste a la autoridad creyendo erróneamente en la existencia de circunstancias que determinarían, de concurrir, la antijuricidad de la acción del funcionario; o quien supone por error disponer de una autorización policial para construir en su casa un hogar *(Feuerstätte);* o quien se niega a proporcionar su nombre a la autoridad en la creencia falsa de que el funcionario no es competente para exi-gírselo, etc. En todos estos casos, será considerado por Welzel como responsable de la realización de un hecho típico y antijurídico, a pesar de que en este suceso se da

[105] Lug. cit, ps. 27 y 32. [109]
L.B., p. 56 (6).

un disvalor de resultado, pero falta el disvalor de acción. El juicio de injusto no resulta —como lo exige Welzel— determinado "decisivamente" por la "actitud" del autor respecto de su hecho y por el "objetivo" por él perseguido[107], sino que se pronunciará en forma puramente objetiva e independientemente de las representaciones del autor.

Aquí queda demostrado que los tipos abiertos conducen a una objetivación de la teoría de lo injusto y, por tanto, se acercan a la doctrina tradicional que vinculó la parte externa y la interna del hecho, separadas de manera menos clara, con la antijuricidad y la culpabilidad [108]. De esta manera, aparece una grieta én el sistema finalista, sólo cubierta en algunos casos con la introducción de elementos subjetivos de la justificación.

Con argumentos similares a los aquí utilizados, Schaffstein [109] y Lang-Hinrichsen[no] han intentado fundamentar, a partir del concepto personal de lo injusto, la necesidad de la inclusión en el tipo penal de los elementos de la justificación, como elementos negativos del tipo, Lang-Hinrichsen habla inclusive del tipo abierto del § 113, y afirma, en el sentido de nuestra posición, que no es correcto, desde el punto de vista de la teoría final de la acción, "desmembrar del tipo penal... el elemento de la legitimidad del ejercicio del cargo"[111].

Por su parte, Schaffstein[112] afirma como consecuencia necesaria del concepto de injusto personal: "Todo aquello que según el tipo respectivo es significativo para la valoración jurídico-penal del suceso, debe ser abarcado por la voluntad de acción". Estas expresiones son igual-

107 L.B., p. 56 (6).
ios Lug. cit., ps. 35 y ss.
io« "MDR", 1951, ps. 196-200.
no "JR", 1952, ps. 184 y ss.
m Lug. cit., p. 186.
112 Lug: cit., p. 198.

mente adecuadas para fundamentar el carácter de elementos de los elementos déla justificación y de los elementos del deber jurídico, como circunstancias del hecho. Nuevamente aparece aquí el paralelo entre elementos negativos del tipo y elementos del deber jurídico. De todos modos, la contradicción en el caso de los elementos del .deber jurídico es crasa. En los tipos cerrados, el autor de la acción objeto del juicio de antijuricidad, conoce de todos modos las circunstancias fundamentadoras de lo injusto del hecho, mientras que en los tipos abiertos ni siquiera se exige tal cosa.

Las críticas antes consideradas dieron lugar a que Welzel explicara por qué el concepto personal de lo injusto no obligaba a aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo[113]. Tendremos que tratar, entonces, su fundamentación, pues ella, en caso de ser eficaz, podría valer también para los elementos del deber jurídico. Dice Welzel: "el disvalor de acción de los delitos dolosos, consiste en que el autor realiza dolosamente los elementos del tipo objetivo. La cuestión de si esta realización dolosa del tipo constituye un injusto, no se determina según la opinión del autor, sino conforme al orden jurídico".

Esta fundamentación no resulta convincente, especialmente en relación a los tipos abiertos. Inclusive, resulta objetable ya en relación al concepto que Welzel tiene de los tipos cerrados. ¿Es posible afirmar realmente que acciones como matar al agresor en defensa necesaria o en defensa putativa, o a un enemigo en la guerra, tengan el mismo disvalor de acción? Aun en el caso de una acción justificada por la defensa necesaria, el autor realiza "el tipo objetivo dolosamente". Si el disvalor de acción reside solamente en ello, el sentido de esta palabra se diluye en lo inesencial.

«3 *Neues BÜd,* 2» ed., ps. 55/56, nota 1 de .la p. 5-4.

De manera más acentuada se percibe esto en los tipos abiertos. Según las palabras de Welzel, el disvalor de acción del § 367, inc. 11, reside solamente en el hecho de tener un animal salvaje; en el § 360, inc. 9, el disvalor de la acción estaría constituido por la instalación de una institución aseguradora, y en el § 113 por la resistencia a la autoridad (independientemente de si el funcionario obró conforme a derecho). Aquí encontramos una clara contradicción: por una parte, los tipos abiertos carecen de efecto indiciario de la antijuricidad; por otra parte, la realización de las circunstancias de hecho del tipo contenido en estas disposiciones debe fundamentar el disvalor de acción. Pero ello no puede ser.así: la realización de una acción, incapaz todavía de constituir un indicio de lo injusto, no puede presentar el disvalor de acción jurí-dico-penal. Es muy sencillo comprobar que en estos casos el disvalor de acción reside en las circunstancias que Welzel extrajo del tipo penal: en la carencia de autorización policial, en la falta de permiso, en la competencia de la autoridad o la adecuación a derecho de la acción del funcionario. Por cierto que Welzel intenta fortificar su concepción con el ejemplo del § 248 del Código Penal (juegos de azar sin autorización de la autoridad), diciendo [114]: ".. .El contenido material de lo injusto de los juegos de azar no consiste en el (puro) abuso de la voluntad del Estado (delito contra el "monopolio de la banca del juego del Estado"), sino en la puesta en peligro de la actitud moral del pueblo despertando la pasión por el juego y su explotación. La autorización policial no elimina este peligro, etc., sino que —en virtud de determinados fundamentos— elimina la antijuricidad".

El ejemplo ha sido bien elegido. Sin embargo, las argumentaciones de Welzel no podemos compartirlas. Los

'i< *L.B.*, p. 71 (6).

honorables ciudadanos que organizan una tómbola con fines benéficos con el correspondiente permiso policial, se verían muy extrañados si se les dijera que su acción tiene el mismo contenido disvalioso que un delito amenazado con prisión de hasta dos años. En realidad, el disvalór de acción en los juegos de azar depende decisivamente de la persona que lo organiza y del fin por ella perseguido: estas circunstancias deben comprobarse precisamente mediante la exigencia del permiso de la autoridad. Por ello es que también este ejemplo "elegido" de Welzel habla antes en contra que en favor de su concepción. Por ello sostenemos que una acción adecuada a derecho nunca puede llegar a realizar completamente el disvalor de acción contenido en una disposición penal. Esto se comprobará también mediante el análisis de las acciones socialmente adecuadas que Welzel considera ahora como adecuadas al tipo.

El resultado de esta investigación puede resumirse en una línea: Los tipos abiertos contradicen el concepto personal de lo injusto, dado que en la mayoría de los casos nada pueden decir sobre la actividad final y la actitud del delincuente respecto del hecho.

II. *Los tipos abiertos y el contenido valorativo del tipo penal.*

Hemos visto más arriba que el concepto de "neutralidad valoratíva" tiene dos significados. Que el tipo es valorativamente neutro puede significar, bien que no contiene ningún juicio de disvalor sobre el hecho en él descrito —aun cuando sea provisional—, o bien que es puramente descriptivo. Hemos visto también que Welzel tiende, por cierto, a ver el tipo penal como valorativamente neutro respecto de la antijuricidad, pero de nin-

guna manera entiende la neutralidad valorativa en el segundo de *los* significados de la expresión[116].

En clara oposición con el naturalismo de otra época, Welzel acentúa el hecho de que el suceso descrito en los tipos penales, no pertenece a la "realidad carente de sentido de las ciencias naturales", sino a la "realidad transida de sentido y relacionada con el de la vida social" "'. Con esta aclaración, es posible designar su concepto de tipo penal como concepto "de contenido valorativo". Consecuentemente con esto, el dolo del autor debe comprender no sólo los elementos sensorialmente perceptibles de los objetos y sucesos, sino también aquellos comprensibles espiritualmente, pero no por ello de menor contenido de realidad. "La consideración social de las circunstancias de hecho propias del autor debe ser paralela a la de la ley"[118]. El autor tiene que realizar una "subsun-ción en el sentido del lego" (Binding), o iñen una "valoración paralela en la esfera del lego" (Mezger). Teniendo en cuenta la exposición anterior, no es necesario ahondar más en este punto.

Aquí corresponde desarrollar con mayor profundidad el problema de las relaciones entre la concepción de Welzel del contenido valorativo del tipo penal en un sentido y la teoría de los tipos abiertos, es decir, con la total neutralidad valorativa del tipo, en el otro sentido. En principio parece que fuera posible considerar sin más el tipo, por una parte, como valorativamente neutro en relación a la antíjuricidad, y por la otra como expresión de un contenido valorativo. La circunstancia, por ejemplo, de que, en el conocido caso "de la tapa de cerveza" [11T] el autor tenga que saber que cada marca hecha por el camarero en el cartón donde apoya el vaso de cerveza indica

[118] Conf. *supra,* ps. 74/78.
[114] *L.B.,* ps. 65/66.
>" RG, "Deutsche Strafrechtszeitung", 1916.

la cantidad de vasos despachados a su cuenta, y que ello en la vida social es considerado como una forma eficaz de probar esos extremos, no tiene, a primera vista, nada que ver con la cuestión de si la realización del tipo por el autor encierra ya en sí por lo menos una valoración provisoria de lo injusto o no.

Aquí existen, sin embargo, conexiones internas. No es casualidad que en el desarrollo de la teoría del tipo la concepción que ve en éste la *ratio essendi* de la antijuricidad, sea consecuencia del descubrimiento de los elementos normativos del tipo y que el número de sus partidarios haya crecido en la misma medida en que se reconoció que todos los elementos del tipo, por lo menos en sus zonas limítrofes, rozan la esfera normativa. Precisamente en los últimos tiempos muchos autores han sostenido que la vinculación entre los elementos negativos del tipo y lo injusto resulta tan estrecha, que niegan en general la posibilidad de diferenciar el tipo de la antijuricidad, el error de tipo y el error de prohibición, y la utilidad de la teoría de la culpabilidad[118]. No podemos ahora hacernos cargo de esta problemática. Sin embargo, volveremos sobre ella más tarde[119]. Ahora están en considera^ ción solamente los tipos abiertos y su relación con la normatividad. De ello surge la siguiente contradicción especial: si se parte de la base —como lo hace Welzel— de que el dolo del autor se refiere a una unidad indisoluble de elementos sensorialmente perceptibles y espiri-tualmente comprensibles, entran en el tipo penal, junto al mundo de las cosas de las ciencias naturales también la significación y las conexiones significativas de las cosas entre sí. El autor obrará con dolo no sólo si conoció lo

«[8] Schröder, "ZStW", t. 65, 1953, ps. 178 y *ss.;* Lang-Hinrichsen, "JR", 1952, ps. 303/307; conf. también Engisch, *Mezger-Festschr^-ps.* 127/128, y Arthur Kaufmann, *Vnrechtsheumsstsein,* ps. 169/170. . >■ ■

»» Conf. *infra,* ps. 290/295. ,

qué puede verse con los ojos y tocarse con las manos, sino cuando tuvo conocimiento de la esencia y significación de una cosa o de un suceso en el ámbito social, de manera que tal conocimiento se corresponda con el tenido por el legislador en el momento de atribuir el disvalor jurídico a la acción respectiva. Sólo bajo estas condiciones el autor es verdaderamente "vidente", mientras que con un tipo descriptivo, que sólo comprende elementos del mundo exterior en el sentido de las ciencias naturales y que sólo a ellos vincula el dolo, la acción típica será, en realidad, "ciega"[120]. Welzel tiene toda la razón cuando afirma que tales tipos descriptivos no dan cuenta correctamente de la esencia de las cosas y de las exigencias que debe cumplir la imputación jurídico-penal a título de dolo. Aquí se muestra la conexión entre el tipo "de contenido valora-tivo" y la antijuricidad. Si los elementos normativos brindan al autor la conciencia de la significación social de su hecho, el autor que conoce todas las circunstancias de hecho deberá tener conciencia de la dañosidad social, es decir, de la antijuricidad material de su hecho —aunque no de la formal—[m]. Es de pensar que Welzel coincidiría con estas afirmaciones: también él considera, por cierto, cómo un presupuesto de la acción dolosa, que el desarrollo del suceso tenga una "valoración paralela en la conciencia del autor" [122].

Por eso resulta tan extraño que Welzel, con sus tipos abiertos, se acerque tanto a la combatida concepción descriptivo naturalista del tipo. Pues los tipos abiertos, por

120 Todavía no es posible considerar la cuestión de si tal vez debería agregarse además la conciencia de la antijuricidad formal para que el autor sea totalmente "vidente".

[121] La indicada vinculación —por cierto que sin relación a la teoría de los tipos abiertos— ha sido especialmente resaltada por Arthur Kaufmann, *Unrechtsbeumsstsein*, ps. 169 y ss., y "JZ", 1954, p. 654, nota 15. Conf. al respecto, además, *infro* ps. 187 y ss., y 244/245.

i[22] Conf. sólo "JZ", 1954, p. 279.

lo menos conforme a su concepción, describen (prácticamente esto es algo distinto [laa]). sucesos totalmente neutros. Conociendo las circunstancias de estos tipos, no se capta el sentido propio que corresponde a la acción en la vida social. Así es como, por ejemplo —para tomar en consideración una disposición con muy poco efecto indiciario—, toda persona que camina sobre un jardín realiza el tipc del § 368, inc. 9, del C. Penal. Quien sumergido en sus pensamientos entra en los límites del jardín de su vecino, creyendo estar todavía en el propio, realizaría dolosamente el tipo de esta contravención y obraría además antijurídicamente. Su error se referiría únicamente al elemento del deber jurídico "sin autorización" y debería ser tratado conforme a las reglas del error de prohibición.

Es evidente que en estos casos el autor ha obrado, en realidad, "ciegamente". Para captar el contenido significativo social de su hecho, tendría por lo menos que saber que pisa sobre un terreno ajeno. Con ayuda de otros tipos abiertos pueden darse otros ejemplos similares. El ciudadano que se resiste a la orden adecuada a derecho de un funcionario judicial ejecutor, porque por un defecto de audición atribuye al obrar del funcionario un contenido que lo tornaría antijurídico; o el que rehusa dar su nombre a una autoridad competente porque, en virtud de un informe equivocado, cree erróneamente estar frente a una autoridad que carece de autorización para exigírselo, obran en forma "ciega" porque no llegan todavía a captar parte de los hechos objeto de la valoración legal ni siquiera en un sentido exterior naturalístico, ni tampoco su significación social. A pesar de ello, obran en forma típica según la teoría de los tipos abiertos, y, por cierto, también antijurídicamente; si el error resulta evitable (cosa que ocurre

123 Ver ps. 88/89.

en la mayoría de los casos), el autor será además punible a título de dolo.

Probablemente no se ha dicho demasiado afirmando una contradicción con la teoría del contenido valorativo de los tipos que Welzel, por lo demás, representa. Welzel podría quizá remitirse que a la valoración paralela en la conciencia del autor sólo sería necesaria para las circunstancias de hecho particulares, pero no con relación a los elementos del deber jurídico y al hecho como totalidad. Pero de esta manera, no podría seguramente eliminar la contradicción. No tendría sentido dar tanto valor en ciertos elementos típicos a la comprensión total de su contenido significativo-social, si en el caso de otras circunstancias (que él denomina elementos del deber jurídico) o de la comprensión del suceso como un todo ello no resulta necesario. Sin embargo, el autor debe conocer los elementos normativos de las circunstancias particulares, pues de esta manera quedará en claro, con el sentido social de su acto total *(Gesamthandlung).* La "descriptividad" del tipo de contenido valorativo y significativo —que vista desde los elementos normativos resulta contraria al sistema— se alcanza en estos casos extrayendo del tipo, con todos sus presupuestos, la circunstancia decisiva para la valoración del hecho (la legitimidad en el ejercicio del cargo, la competencia de la autoridad, etc.). Finalmente, debe señalarse que, como ocurrió en el tratamiento del concepto personal de lo injusto[124], también aquí es posible utilizar argumentos similares a los que se recurre para sostener la teoría de los elementos negativos del tipo. Quien lesiona a alguien, porque supone erróneamente ser atacado por él, no capta el verdadero contenido del suceso, que sólo es espiritualmente comprensible, sino solamente la pura situación exterior que tiene delante de sí.

12-' Ver *supra,* ps. 139/146.

La contradicción se presenta más clara todavía en los tipos abiertos. En el caso de los elementos negativos del tipo, Welzel se remite a que el autor conoce todas las circunstancias contenidas en la descripción del hecho del parágrafo respectivo. En todo caso, el autor ha tenido claro que comete una acción que cae fuera del orden social de manera grave. Este argumento ya no es válido en el caso de los tipos abiertos. El tipo carece en estos supuestos de función indiciaría de la injusto[125], y el autor que conoce los elementos del tipo tiene que creer que su acción se mueve completamente dentro del marco del orden social.

Podríamos decir resumidamente: los tipos abiertos contradicen la teoría del contenido de valor del tipo, pues en ellos el dolo no depende de una valoración paralela en la conciencia del autor.

III. *Los tipos abiertos y la materia de la prohibición.*

Según la teoría final de la acción, la diferenciación de tipo y antijuricidad se justifica por la oposición lógica y objetiva de la materia de la prohibición y la prohibición, del objeto de la valoración y valoración del objeto, del objeto del juicio de disvalor y el disvalor[126]. La cuestión de si esta distinción pierde toda claridad en los tipos abier tos, debemos tratarla aquí sólo brevemente, pues en parte ha sido ya desarrollada al comprobar que los elementos

[125] Si se prescinde de las limitaciones de este principio *(supra,* ps. 88/89 y ss.).

[126] Estos giros son cambiantes y utilizados aproximadamente con la misma significación; es preponderante la caracterización de "prohibición" y "materia de prohibición"; conf. *L.B.,* p. 46 (6); *Moderne Probleme,* ps. 13/14; los conceptos "valoración del objeto" y "objeto de la valoración" son utili zados siguiendo la concepción de Dohna, *Aufbau der Verbrechenslehre,* prin cipalmente en lo que respecta a la separación del dolo y la reprochabilídad, conf. *L.B.,* p. 122 (6); *Neues Bild,* 3» ed., p. 40; pero, sin **embargo, se** utilizarán apenas modificadas con respecto a la oposición entre tipo y anti juricidad. Conf. *Neues Bild,* 3* ed., p. **16; *L.B.,*** ps. **47-48 (6). Conf., tam bién,** Engisch, *Mezger-Festschrift,* **p.** 158.

del deber jurídico tienen también carácter descriptivo del hecho[12T]. Según la opinión de Welzel, "materia de la prohibición" u objeto de la prohibición es el comportamiento descrito en forma objetiva en el tipo[128]. La verificación de que los elementos del deber jurídico contribuyen a la descripción del hecho, implica también que en la medida en que tienen un carácter descriptivo, deben pertenecer a la materia de la prohibición.

Este hecho es fácil de comprender, independientemente de que un comportamiento del cual sólo sabemos de su adecuación a un tipo abierto, no resulta de ninguna manera todavía objeto de una valoración. Será preciso aun determinar si existen también los otros elementos fundamentadores de lo injusto que Welzel ha extraído del tipo penal. Sólo una vez aclarado esto en particular será. posible emitir un juicio de valor respecto de la situación conocido en su totalidad.

Por tercera vez aparece aquí un paralelo entre los elementos del deber jurídico y los elementos de la justificación. También en la defensa de la teoría de los elementos negativos del tipo, se ha invocado el hecho de que el tipo meramente indiciario de lo injusto sólo describe una parte de la materia de la prohibición. Arthur Kaufmann[129] ha objetado a Welzel "que la muerte de un hombre no implica todavía totalmente la materia de la prohibición; al contrario, la materia de la prohibición es la muerte que no es consecuencia de acción necesaria de guerra o de defensa (!)".

Contra esta argumentación Armin Kaufmann ha tomado el lugar de Welzel. Sus opiniones son de inmediata actualidad para el tema de los tipos abiertos, y por ese motivo debemos ocuparnos de ellas. Según Armin Kauf-

127 *Supra,* ps. 94/99.
128 *L.B., p.* 46 (6).
12« *"jz",* 1954, p. 656.

mann [130], "Arthur Kaufmann no ha comprendido bien la formulación de que el objeto del juicio de injusto es la conducta típica. Si distingo entre lo injusto y su objeto, sólo podré caracterizar el objeto con otro concepto distinto que el de ser objeto valorado; yo intento alcanzar su estructura general. De esta manera, sólo es posible caracterizar el objeto de la «antijuricidad» como comportamiento humano; nadie podrá deducir de aquí la consecuencia de que *todo* comportamiento humano sea antijurídico. Quien rechace la teoría de los elementos negativos del tipo, estará además en condiciones de comprender más profundamente el objeto del juicio de antijuricidad, es decir, el comportamiento «adecuado al tipo»; tampoco puede extraerse de aquí la conclusión de que todo comportamiento «adecuado al tipo» será «antijurídico»". Desde un punto de vista lógico, nada puede objetarse contra esto. El objeto de la valoración se puede determinar indiferentemente de manera más o menos amplia. Pero Armin Kaufmann confunde la esencia de la materia de la prohibición en el sentido de Welzel. Ésta no debe proporcionar sólo algunas circunstancias que requieren diversas limitaciones, sino que debe brindar al ciudadano el conocimiento de "los comportamientos que están prohibidos" [1:!1]. Pero con una materia de la prohibición que solamente se refiere a un "comportamiento humano" que consecuentemente debería conducir a la norma: "¡no debes comportarte!", no se logra, en verdad, nada positivo. Además, la caracterización del objeto de la prohibición como comportamiento típico es insuficiente, por lo menos en el caso de los tipos abiertos. Dado que ellos ni siquiera describen un comportamiento indicativo de lo injusto, el tipo, es decir, la materia de la prohibición de esta disposición, no puede expresar al autor lógicamente qué es lo

130 «jz» 1955, ps. 39/40. «•
Welzel, *L.B.*, p. 46 (0).

prohibido. La argumentación de Armin Kaufmann cae, pues, en el vacío. En los tipos con efecto indiciario, la materia de la prohibición de Welzel le expresa al autor de todos modos, todavía, lo que por regla general está prohibido; en los tipos abiertos esto ya no le es más posible. Por tanto, podemos concluir: los tipos abiertos contradicen la concepción de Welzel sobre la esencia de la materia de la prohibición, pues no expresan al autor una norma de comportamiento clara y utilizable.

IV. *Los tipos abiertos y la concepción del tipo de Welzel.*

Ya hemos visto [132] que la concepción de Welzel sobre la esencia y la función del tipo ha sufrido trasformaciones. En esta investigación nos ocuparemos —por lo menos provisionalmente— de su teoría en su última y definitiva formulación. Conforme a esto, la función del tipo penal consiste en destacar del conjunto de sucesos vitales jurídicamente irrelevantes, aquellas acciones que son jurídicamente relevantes y que por ello están sujetas a una valoración jurídico-penal —como antijurídicas o como adecuadas a derecho—[133]. Así objetivamente se expresa lo mismo, aunque en una forma debilitada y cuidadosa, cuando se apunta que dada la adecuación típica se comprueba "ya la primera relevancia de una acción con respecto al derecho penal material, o sea que tal acción cae gravemente fuera del orden de la vida social"[134]. En efecto; no puede darse otro criterio para juzgar la relevancia jurídico-penal de una acción [134a].

Esta concepción del tipo penal se contradice, como

[l:!]- Conf. *supra,* ps. 70 y ss.

133 'ZStW", t. 67, 1955, p. 211, especialmente nota 30; ahora también *L.B.* (6), ps. 49-50.

«[4] *Nenes Büd,* 2» ed., p. 55, nota 1 a la p. 54.

134a E$_{n\ ese}$ sentido, ahora también Fukuda, siguiendo a Welzel en todos los puntos, "JZ", 1958, p. 144, en las notas 8 y 9.

se verá enseguida, con la teoría de los tipos abiertos, dado que éstos describen sucesos jurídicamente irrelevantes, "que por sí mismos no son indiciarios de la antijuricidad"[135].' ¿Cómo es posible definir la función de un tipo penal mediante la distinción de las acciones que caen gravemente fuera del orden de la vida social frente a las jurídicamente irrelevantes, si en un numeroso conjunto de disposiciones jurídico-penales la acción típica se mueve totalmente den: tro del marco del orden social? Precisamente Lange[138] ha señalado la incompatibilidad de ambas teorías de Welzel. Por supuesto, que esta incompatibilidad no puede superarse considerando que los tipos abiertos sólo son excepciones a una regla más general. En efecto:

En primer lugar, los tipos abiertos son, según la teoría de Welzel, mucho más frecuentes de lo que podría designarse como una excepción.

En segundo lugar, una proposición descriptiva de la esencia del tipo penal, no tolera excepción alguna; aquello que no cumple con la función propia del tipo penal, deja de ser un tipo penal.

En *tercer lugar,* esta contradicción aparece en el *conjunto* de tipos penales en los casos de adecuación social[137], que según la nueva teoría de Welzel no excluyen el tipo [138]. Queda por aclarar cómo es posible que la adecuación social de una acción, según las propias palabras de Welzel, signifique por un lado "que ella se mueve íntegramente dentro del marco del orden social históricamente configurado de la vida de una comunidad y que está permitida por ella" [138], mientras que por el otro resulte adecuada al tipo, y, por tanto, deba satisfacer la esencia de él, es decir, "caer fuera del orden de la vida social de manera insoportable" [139].

Teniendo en cuenta esta discordancia, sólo se dan dos posibilidades:

[133] *Neues Bild,* 2» ed., p. 18.

isß ' JZ", 1953, p. 13; del mismo modo, ahora Schweikert, *Wandlungen, p.* 118.

[137] Conf. sobre esto *supra,* ps. 14/15.

las *L.B.,* ps. 73/74 (8).

13» *Neues Bild,* 2* ed., p. 54, nota 1.

O bien es correcto que los elementos constitutivos del deber jurídico y de la adecuación social no pertenecen al tipo, en cuyo caso son falsas las afirmaciones de Welzel sobre la esencia **del** tipo penal, con lo cual caen también los argumentos *mis* importantes contra la teoría de los elementos negativos del tipo[140].

O, al contrarío, es correcto que la conducta descrita en el tipo "nunca es jurídicamente irrelevante" [U1], sino que en todos los casos contradice de modo grave el orden social. Con lo cual, la construcción de los tipos abiertos, así como la afirmación de que las conductas socialmente adecuadas son al mismo tiempo típicas, resultan falsas.

Mientras en los tres casos antes considerados se comprueba un cierto paralelismo, que Welzel concede, de la construcción de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico, por primera vez vemos aquí que ambas teorías de Welzel entran en áspera contradicción. El fundamento de esta contradicción es el siguiente: la concepción de Welzel de que los presupuestos objetivos de las causas de justificación, son elementos componentes de la antijuricidad, contiene una determinada tendencia contrar ría a las teorías de lo injusto personal, del contenido valo-rativo del tipo y de la esencia del tipo como materia de la prohibición. El tratamiento de los elementos del deber jurídico asume esta tendencia, pero al mismo tiempo va considerablemente más allá y torna prácticamente irreductible la distancia entre las tres teorías mencionadas y la teoría de los tipos abiertos[142]. En igual medida, sin embargo, en que los elementos del deber jurídico exigieran ir más allá de las líneas de desarrollo del tratamiento de los elementos de la justificación, entrarían también en

i*» Conf. "ZStW", t. 67, 1955, ps. 208-213, y Lange, "JZ", 1953. p. 13.
m "ZStW", lug. cit, p. 211, nota 13.
[142] A este respecto ya hemos señalado más arriba; conf. ps. 139/146. 151/152 y 154/155.

contradicción con éstos. Sobre esta circunstancia trata» remos más abajo en IV.

B) CORRESPONDENCIAS SISTEMÁTICAS

Nuestra investigación nos ha conducido en primer término a un resultado sorprendente: la teoría de los tipos abiertos no es una consecuencia del punto de vista fundamental de Welzel. Si se lleva hasta sus últimas consecuencias el concepto final de la acción, columna vertebral de todo el sistema, con las teorías de lo injusto personal y las tesis del contenido valorativo del tipo y su propiedad de ser la materia de la prohibición, se comprobará que los tipos abiertos resultan extraños a este sistema. Por otra parte, dado que su propia concepción del tipo[143] no es compatible con los tipos abiertos, surge la cuestión de cómo podría fundamentarse esta teoría si ella constituye ya un cuerpo extraño del sistema de Welzel. La afirmación de Welzel de que los elementos del deber jurídico serían resultado de una aplicación consecuente de su dogmática a ciertos tipos penales complicados [u]\ debe ser considerada, conforme a los resultados hasta ahora obtenidos, con gran escepticismo.

Además, resulta claro que tal teoría no puede sostenerse sólo del aire dentro del sistema de su creador, sino que requiere por lo menos algunos puntos de apoyo dogmáticos. Tales puntos son los siguientes:

I. *Los tipos abiertos y la teoría de la culpabilidad.*

La teoría de la culpabilidad se apoya en una tajante distinción del error de tipo y del error de prohibición. Si no fuera posible obtener una clara delimitación del tipo frente a la antijuricidad, la teoría de la culpabilidad resul-

143 Ver *supra*, bajo IV.

i« "ZStW", t. 67, 1955, p. 225.

taría dogmáticamente falsa y prácticamente inaplicable. Este peligro mortal de la confusión de los-límites, es una amenaza de los momentos de la antijuricidad en la medida en que éstos sean considerados, como lo hizo anteriormente también Welzel, como elementos del tipo. En estos casos, tal como ha sido antes explicado[145], el error de tipo y el error de prohibición resultarán, ya sea siempre o en casi todas las situaciones, indiferenciables. El conocimiento de las circunstancias del tipo legal implicará al mismo tiempo la conciencia de la antijuricidad. Según esta concepción, el problema de la adecuación al derecho de la acción del autor se resolverá ya en el momento de determinar su adecuación típica. Estas consecuencias conmoverían a la teoría de la culpabilidad en sus propios fundamentos, dado que los elementos del deber jurídico son muy numerosos. Tal resultado tendría que ser insoportable, por tanto, para una dogmática fundada en la distinción de ambas especies de error. Ello sólo podría evitarse eliminando completamente del tipo penal los elementos del deber jurídico, pues de esa manera será posible mantener diferenciadamente el error de tipo y el de prohibición.

Así se demuestra entonces que la construcción de los tipos abiertos ha prestado un valioso servicio a la teoría de la culpabilidad. Por ello, puede afirmarse que la teoría del error representa la génesis de los tipos abiertos, aun cuando Welzel no aceptaría estas conexiones[u0]. Otra cuestión consiste en saber si la aceptación de puros momentos de la antijuricidad es la única y la mejor de las soluciones para estas dificultades de la teoría de la cul-

[145] *Supra*, ps. 122 y ss.

[148] Esta opinión también se encuentra en Lange; "ZStW", t. 63, 1951, ps. 471 y s., se da la fundamentación; en "JZ", 1953, ps. 12/14, será desarrollada esta opinión. De todos modos, la fundamentación diverge de la que aquí se ha dado.

pabilidad, cuando aquellas circunstancias se consideran como elementos del tipo. Las investigaciones anteriores sugieren ya una respuesta negativa. Sin embargo, volveremos más tarde sobre este punto.

II. *Los tipos abiertos y la tendencia al objetivismo.*

Un viejo y siempre repetido reproche contra la teoría de la acción finalista, consiste en que la inclusión del dolo en el tipo conduce a una subjetivación total de lo injusto. en la medida en que la comprobación de la antijuricidad de la acción se haría depender ampliamente de las opiniones y de las representaciones del autor[147]. El reproche de la subjetivación resulta a menudo trasladado más allá del ámbito de lo injusto. En este sentido, Lang-Hinrichsen conecta —superando los límites del derecho penal— la teoría final de la acción "con el subjetivismo que penetra cada vez más el pensamiento moderno", que va desde el voluntarismo de Occam hasta la ética de la filosofía exis tendal, pasando por la teoría del conocimiento y la ética kantiana y el pragmatismo. La circunstancia de que estas teorías subjetivistas hayan sido superadas en la filosofía, debería conducir al lector aparentemente a la convicción de que también la teoría final de la acción, que se mueve en dicho sentido, sería el producto de una orientación filosófica superada *y* falsa[148].

Este reproche es, sin embargo, infundado. Por cierto que es correcto afirmar que la teoría del tipo y de lo injusto en el sistema finalista, incluye más elementos subjetivos que las doctrinas tradicionales. Esto resulta obvio en la medida en que el dolo es trasplantado al tipo penal.

[147] Conf. Engisch, *Der finale Handlungsbegriff,* ps. 160 y ss.; Mai-hofer, *Handlungsbegriff,* p. *44;* Nowakowski, *Rechtswidrigkeit,* "ZStW", t. 63, 1951, ps. 296 y ss., especialmente p. 307; Lang-Hinrichsen, "JR", 52, p. 187; H. Mayer, *Lehrb.,* p. 44.

[148] Conf. "JR", 1952, p. 187.

Sin embargo, ello no tiene relación con la forma superada de tratamiento subjetivo del delito: el contenido subjetivo necesario en el dolo continúa siendo en la teoría de la acción finalista, un componente esencial del delito, entendido como fenómeno total. Su posición en el sistema resulta indiferente en la medida en que el juzgamiento del hecho punible como totalidad no resulta dependiente de las consideraciones subjetivas del autor. Ante este peligro, no sucumben ni la teoría final de la acción, ni la doctrina tradicional. Welzel ha polemizado con energía contra las corrientes subjetivistas de la ética y del derecho penal[149]. En la breve investigación que sigue se verá en qué forma se ha ayudado para eso con la teoría de los tipos abiertos.

1. *El objetivismo en la teoría del error.*

Según la teoría de Welzel, el autor no resulta impune simplemente por haber actuado con la convicción subjetiva de la adecuación a derecho de su acción, tal como lo afirma la vieja teoría del dolo (con la reserva de la posibilidad de una pena por enemistad al derecho o por el hecho culposo). El autor no puede utilizar su buena conciencia como un blando almohadón, sino que debe luchar por la decisión *correcta.* La "ética del carácter" *(Gesinnungsethik)* debe dar lugar a la "ética de la responsabilidad". La teoría de la culpabilidad sanciona, por tanto, en los casos de error de prohibición por la comisión del hecho doloso, también a quien obra a conciencia, si el error fue culpable. En efecto; tal responsabilidad se basa en no haberse esforzado por conocer el mandato jurídico.

[149] Para la ética, conf. el artículo *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung,* "SJZ", 1947, ps. 410-415; además el escrito *Vom irrenden Gewissen* y el libro *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit,* 2* ed. Para el derecho penal, conf. *L.B.,* ps. 35 (5), 38/40 (6) *(hrtumslehre),* ps. 93/96 *(TeÜnahmelehre); Aktuelle Probleme,* ps. 15-18; "MDR", 1952, ps. 588/589.

Dentro de esta concepción cabe perfectamente la teoría de los tipos abiertos. Si se considerara, por ejemplo —como lo hizo el RG—, que la "falta de autorización" es un elemento del tipo[150], el juez tendrá que absolver a quien, sin preocuparse de sus deberes jurídicos, creyó con osado optimismo haber dispuesto de una "autorización"; la inconciencia de los fundamentos que dan lugar a esta creencia no modifican nada las consecuencias del error. Al contrario, si el elemento "falta de autorización" se con cibe como un momento de la antijuricidad, resultará claro el punto de vista "objetivo" de Welzel. El autor tiene el deber responsable de informarse de los límites y la medida de su autorización. Cuando él ha hecho esto y, sin embargo, ha errado inculpablemente sobre tal autorización, será absuelto por haber obrado con un error de prohibición inevitable. En cambio, si el autor ha obrado "irresponsablemente" sin esforzarse por conocer sus deberes, será punible por el delito doloso, aun cuando haya creído subjetivamente que su comportamiento era adecuado a derecho.

2. *Las tendencias objetivistas en la teoría de lo injusto.*

La significación de los tipos abiertos reside no sólo en su posibilidad de reforzar la orientación objetivadora en la teoría del error que caracteriza la teoría de la culpabilidad. Los tipos abiertos logran, inclusive, algo que es imposible para la teoría de la culpabilidad: constituye el límite frente a una subjetivación radical de lo injusto. Esto se aclara inmediatamente recordando las conclusiones obtenidas antes[151]: si los elementos de la antijuricidad fueran elementos del tipo, ya no podría aceptarse normalmente un error de prohibición en tales casos. Para la teoría de

[130] Conf. *supra*, p. 46. "i
Supra, ps. 122 y ss.

lo injusto, esto tendría como consecuencia que la conciencia de la antijuricidad vendría a convertirse prácticamente en presupuesto de lo injusto jurídico-penal. Por ejemplo, si en el § 113 del C. Penal el conocimiento de la legitimidad de la acción del funcionario perteneciera a la parte subjetiva del tipo, la conciencia de la antijuricidad estaría indisolublemente ligada con el tipo penal. Faltando ella, no se habría realizado el tipo y no se daría lo injusto jurídico-penal, es decir, el comportamiento típico y antijurídico.

Un resultado como éste, en el cual lo injusto dependiera de la conciencia de la antijuricidad, sería en realidad de un subjetivismo extremo y estaría expuesto con toda razón a las críticas de Lang-Hinrichsen. Además, se desmoronaría la conciencia de lo injusto de su lugar sistemático en la teoría de Welzel. Por ello, es totalmente comprensible que Welzel, que inicialmente consideró la legitimidad del ejercicio del cargo como "un elemento indudable del tipo penal"[152], haya extraído ahora esta circunstancia del ámbito del tipo para llevarla al de los elementos del deber jurídico. Lo injusto resulta, entonces, independiente de la representación del autor relativa a la legitimidad del ejercicio del cargo, a la competencia de la autoridad, a la autorización, etc. De esta forma, la teoría de la culpabilidad de Welzel, y no sólo ella sino también su concepción de lo injusto, queda amparada con respecto al reproche de un excesivo subjetivismo, que de ser cierto, constituiría la más seria objeción contra el sistema finalista.

De todos modos, hemos visto que la forma de tratamiento de los elementos del deber jurídico de Welzel implica otras disonancias dogmáticas. Es por ello que debe verificarse si existe una solución que repare las ventajas

i« *L.B.*, 1» ed., 1947, p. 231.

de la construcción de Welzel, pero evite sus inconvenientes. Sobre esto trataremos en el tercer capítulo.

III. *Los tipos abiertos y las estructuras lógico-objetivas.*

Como es sabido, el tratamiento práctico de la mayoría de los elementos del deber jurídico, ha sido siempre muy discutido en teoría y jurisprudencia[15]*\ Tampoco debe haber dudas con respecto a que la solución propuesta por Welzel en muchos casos conduce a soluciones justas, sencillas y adecuadas a su finalidad[133]: para Welzel este hecho tiene también significación dogmática y sistemática. Como se sabe, Welzel parte de que la materia del derecho no puede ser conformada arbitrariamente por la legislación y la ciencia, sino que está transida de estructuras lógico-objetivas previamente dadas y adecuadas al ser, que no pueden inventarse o modificarse sino descubrirse o no[1M]. Ahora Welzel es de opinión que no sólo la observación de estas estructuras lógico-objetivas originará siempre resultados adecuados, sino que también a la inversa, un resultado prácticamente saüsfactorio señala una coincidencia profunda de la solución con aquello on-tológicamente previo, aun cuando esto último no haya sido todavía descubierto. "Un resultado convincentemente correcto no es un indicio de que las cosas coinciden sólo casualmente. .., sino de que entre ellas existe una conexión objetiva interna, que tal vez todavía no ha sido descubierta, pero por cuyo descubrimiento es preciso esforzarse" [155]. Estas palabras, dichas con respecto al tratamiento de los elementos del deber jurídico, sugieren que éstos no

íss Ver *supra*, ps. 30 y ss.

[15<] Conf. *Neues Büd*, 2» ed., p. 8; *Naturrecht und materide Gerechtigkeit*, ps. 197 y ss.; *Aktuelle Probleme*, p. 4; "NJW", 51, p. 579; *Festschrift für Niedermeyer*, ps. 290/293. Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes*, nota previa, ps. VIII y IX.

íss 'ZStW, t. 67, 1955, p. 227.

son una creación referida a un fin, es decir, que no se trata de una construcción deducida "a partir del resultado"[159].

Los tipos abiertos sirven, por tanto, a .la teoría de las estructuras lógico-objetivas, puesto que la utilidad práctica de la teoría de los elementos del deber jurídico proporcionará una prueba de la existencia de tales estructuras también en este punto. Por otra parte, las estructuras lógico-objetivas sirven a la teoría de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico: la mejor manera de hacer inatacable una teoría consiste en apoyarla en algo objetivo, no modificable, pues de esta manera no queda expuesta a la crítica.

De esta forma, Welzel ha incorporado firmemente los tipos abiertos y los elementos deí deber jurídico a la arquitectura de su mundo de ideas. Ellos apoyan los fundamentos y al mismo tiempo son apoyados por éstos.

El hecho, suficientemente aclarado, de que toda la construcción, en oposición a lo que piensa Welzel, denota muchas incoherencias y conduce además a contradicciones dentro del sistema finalista, hace presumir, de todos modos, que las estructuras lógico-objetivas, en verdad, son algo distintas[157].

IV. *Los tipos abiertos y los elementos de la justificación.*

Ya en varias oportunidades[158] hemos rozado la cuestión de si la construcción de los elementos del deber jurídico está prefijada por el tratamiento que los presupuestos objetivos de las causas de justificación experimentan en el sistema de Welzel. Siempre hemos comprobado que ambas soluciones demuestran una tendencia que entra en

156 Engisch, *Mezger-Festschr.*, p. 159.
157 Conf. al respecto el capítulo III.
158 Conf. resumiendo ps. 157/158.

contradicción con las teorías de lo injusto personal, del contenido valorativo del tipo *y* de la materia de la prorüV bición. Los tipos abiertos son un paso hacia adelante en el camino trazado por el tratamiento de los elementos de la justificación. La opinión de Welzel de que los tipos abiertos son sólo una aplicación consecuente de su dogmática, es acertada si se considera que su rechazo de los elementos negativos del tipo constituye un principio dogmático. Pero cuando se reconoce que su regulación del problema de los elementos de la justificación demuestra la existencia de inconsecuencias dogmáticas frente a otras concepciones fundamentales, y que tales inconsecuencias se acentúan esencialmente en los tipos abiertos, las coincidencias en relación a las causas de justificación, son menores que las contradicciones con otras teorías dogmáticas fundamentales. Además, los tipos abiertos terminan en una oposición irreductible con la concepción del tipo de Welzel a causa del aumento radical de elementos de la justificación [159].

Si nos limitamos a investigar las coincidencias de los elementos del deber jurídico y los elementos de la justificación, dejando las contradicciones con relación a otras teorías fuera de consideración, cabe afirmar junto a las tendencias antes puestas de manifiesto, lo siguiente: sólo aparece un paralelismo completo allí donde los supuestamente tipos "abiertos" en realidad no son tales, sino que tienen el mismo efecto indiciario de la antijuricidad que un tipo cerrado. Ejemplo de esto es el § 113 del Código Penal, en donde la expresión "en legítimo ejercicio de su cargo" en su aplicación negativa constituye sólo un resumen previo —en sí mismo innecesario— de todas las causas de justificación existentes[160]. En este caso sería absurdo dar a estos elementos otro tratamiento que el de las

"» Conf. *supra,* ps. 155/158. i«o
Conf. *supra,* ps. 88/89.

causas de justificación. Si éstas y sus presupuestos pertenecen en conjunto a la antijuricidad, el desprendimiento total del elemento del deber jurídico es una "consecuencia necesaria" de las proposiciones fundamentales de la teoría de Welzel. En los elementos del deber jurídico de esta especie, por tanto, no es posible una inclusión en el tipo y al mismo tiempo su tratamiento como causas de justificación. Esto no fue visto por Gallas, que precisamente con respecto al § 113 del Código Penal opina que en principio "no hay ninguna diferencia entre los elementos del tipo y los de la antijuricidad. de Welzel"[161]; además, Gallas coincide con Welzel en la oposición a los elementos negativos del tipo. La única relación posible es la siguiente:

O bien los presupuestos objetivos de las causas de justificación pertenecen a la antijuricidad, con lo cual la 'legitimidad del ejercicio del cargo" resultará ser un puro momento de la antijuricidad;

o bien la "legitimidad del ejercicio del cargo" pertenece al tipo, y entonces los presupuestos de la justificación, por lo menos, tendrán que ser reconocidos como elementos negativos del tipo.

Por tanto, la correspondencia dogmática entre elementos del deber jurídico y elementos de la justificación es en este punto, inconfundible y necesaria.

La cuestión es algo diversa en los tipos "abiertos", que no importan un tipo de delito *{Deliktstypus).* En este supuesto, la posición de Gallas resulta admisible. Teóricamente sería posible pensar en limitar el tipo a los elementos positivos y fundamentadores de lo injusto —entre los cuales deben computarse también los elementos del deber jurídico—, mientras que los elementos negativos se remitirían a la antijuricidad. En estos casos hay que pensar también que los elementos del deber jurídico —en

i«i "ZStW", t. 67, 1955, ps. 26/28.

tanto siempre, o por lo general, son portadores de *toda la aritijuricidad*[102]— albergan -en sí la totalidad o por lo menos múltiples causas de justificación junto a sus presupuestos. Por consiguiente, aceptando un elemento del tipo en todos los tipos abiertos, por lo menos se decidiría también algunas causas de justificación en el momento de la comprobación del tipo. Este resultado no coincide con el sentido de las conclusiones de Gallas, cuyo concepto de tipo penal debe reducirse a los elementos del tipo de delito *(Deliktstypus).* Además, la delimitación de elementos del deber jurídico y causas de justificación no siempre es tan clara como Gallas mismo lo reconoce al tratar el elemento de la "falta de autorización"[183]. También Welzel encuentra dificultades para trazar en todos los casos límites definidos. La "autorización de la autoridad" en el § 284 se caracteriza a veces como elemento del deber jurídico[104] y a veces como causa de justificación[165]. Tomando en cuenta, entonces, lo fluido de los límites de estos elementos no se avanza demasiado con el tan distinto tratamiento que Gallas le asigna a los elementos del deber jurídico y a los de la justificación. Su concepción resulta, por tanto, problemática en el caso de los tipos "abiertos" propios.

Esta investigación nos reporta el siguiente resultado: no podremos evitar una breve discusión sobre la teoría de los elementos negativos del tipo.

162 Conf. *supra,* ps. 122 y ss.
íes "ZStW", t. 67, 1955, p. 25, nota 55.
IG* *L.B.,* p. 149 (6).
165 *L.B.,* p. 71 (6).

CAPÍTULO III CRÍTICA DOGMÁTICA

Nuestro trabajo no es todavía suficiente para brindar una solución correcta a tan difíciles cuestiones, que vaya más allá de la crítica de otras opiniones. No es posible medir el valor de una teoría sólo con respecto a si ella es en sí misma y en el sistema que representa, lógica y cerrada. La corrección de una teoría debe verificarse con respecto a un patrón exterior a ella. El juez superior sobre una teoría jurídica será siempre la idea del derecho. Si consideramos como los valores más altos a la justicia y a la seguridad jurídica, se nos plantea la siguiente cuestión:

¿Ofrece la teoría del tipo penal de Welzel soluciones que contemplen estas exigencias en la medida en qué ello sea posible?

A) LAS FUNCIONES DEL TIPO PENAL

La respuesta a esta pregunta sólo puede encararse si se aclara primeramente cuál es la tarea que el tipo penal debe cumplir en el derecho penal. Sólo teniendo esto claró es posible juzgar si la teoría del tipo de Welzel cumple con estas funciones.

Lamentablemente, aparecen aquí aquellas controver.-sias que fueron sumiendo a la teoría del tipo pena! cada

vez más en la confusión. Dejando de lado todo lo accesorio, aparecen tres raíces de la teoría moderna del tipo penal.

I. *La junción de garantía del tipo.*

Según el § 2 del Código Penal (y hoy también el art. 103, II, de la Ley Fundamental), sólo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada antes de la comisión de él. Todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no. La tarea de determinar legalmente la punibilidad en tal medida, ha sido asignada al tipo penal ya por el propio Beling[16]'. Welzel ha hecho suya esta concepción. Para él, el fundamento y la justificación de la diferencia entre tipo y antijuricidad reside ya en consideraciones vinculadas a la idea del Estado de derecho [18T]. "El tipo tiene la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida"[187]. Sólo mediante esta función se da cumplimiento "a la exigencia del principio *«nidia poena sine lege»*"[168].

Apoyándonos en Lang-Hinrichsen[169] y en Engisch[1T0] designaremos al concepto que abarca todas las circunstancias a que se refiere el principio *"nulla poena"* como "tipo garantía".

II. *La función del tipo penal en referencia a la regulación del error.*

Según una opinión muy difundida, el tipo penal tiene también la función de diferenciar diversas especies de

ise *L.v.V.*, ps. 21/23.
i" *Aktuelle Probleme*, p. 13.
ios *L.B.*, p. 46 (6).
16« "JR", 1952, p. 307; "JZ", 1953, p. 363.
"0 *Mezger-Festschrift*, ps. 129, 131, 132.

errores a los cuales se asignan distintos tratamientos. Esto rige tanto para la teoría del error en sentido estricto como también para la teoría de la tentativa.

La teoría del tipo penal adquiere la significación principal en la teoría del error. Según el § 59, I, del Código Penal, el autor sólo puede ser sancionado por la comisión de un hecho doloso cuando por lo menos conoció las circunstancias de hecho, "pertenecientes al tipo legal". Conforme a ello, el tipo penal tiene la tarea de describir todos los elementos a los cuales debe referirse el dolo del autor[171]. Beling no tuvo dudas de que su concepto del tipo penal se verificaba también aquí. Pensaba que el tipo cumplía su papel fundamental "especialmente en relación al § 59 del Código Penal"[172], y afirmaba: "Los elementos del tipo penal deben ser abarcados en conjunto por la culpabilidad"[173]. Welzel va más allá que Beling —que era partidario de la teoría del dolo— y fundamenta el dolo en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Este tipo, en el sentido del § 59 del Código Penal, es caracterizado acertadamente por Bruns [m] como el "tipo regulador del dolo".

Fuera de ello, el tipo se utiliza en general para la delimitación de la tentativa del delito putativo [17B]: quien supone erróneamente circunstancias que de concurrir determinarían la realización del tipo, comete tentativa; al contrario, quien obra con un error que no recae sobre circunstancias de hecho, sino sobre la antijuricidad del hecho correctamente conocido en sus presupuestos objetivos, quedará impune por haber cometido un delito putativo.

[171] Si él describe estas circunstancias en forma concluyente, es extraordinariamente discutido. Volveremos sobre el tema.

[172] *L.v.V.*, p. 4.

"3 *L.O.V.*, p. 64.

[174] *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, ps. 27 y ss. "«

Conf. sólo Welzel, *L.B.*, p. 169 (6).

Tanto en el § 59 del C. Penal, como en el caso de la tentativa, el tipo cumple su funeión en relación a la cuestión del error. A estos fines lo designaremos como "tipo del error".

III. *La fundón sistemática del tipo.*

La tercera raíz de la teoría del tipo penal se encuentra en la necesidad de un concepto fundamental del sistema del derecho penal que pueda insertarse entre los elementos "acción" y "antijuricidad". En los tiempos de Beling todavía se definía el delito como "acción antijurídica, culpable y amenazada con pena" [m]. El elemento "amenazado con pena" es considerado por Beling como confuso, y con razón. Con ello no se dice nada sobre las características que debe tener una acción para ser amenazada con pena. Se requiere un concepto que destaque del amplio ámbito de los hechos antijurídicos, aquellas acciones y omisiones que entran en consideración para la aplicación de una pena. En su "tipo" entendió Beling haber encontrado este concepto, que posteriormente se impuso en toda la sistemática moderna del derecho penal. En el ámbito de esta investigación designaremos a este aspecto del tipo penal como "tipo sistemático". Sus relaciones con la antijuricidad fueron siempre acaloradamente discutidas. La cuestión de si se trata de un tipo de injusto o de un tipo valorativamente neutro, de la *ratio essendi o ratio cognoscendi* de la antijuricidad, ha sido tema de la teoría del tipo penal desde Beling hasta hoy. A esta cuestión debemos dedicarle[177] un estudio histórico-dogmático, ya que la teoría de los tipos abiertos es, entre otras cosas, también un intento de definir las relaciones entre el tipo y la antijuricidad.

»« *L.v.V.,* p.,21.

[177] Ver *supra,* ps. 56 *y* ss.

B) LA DISTINCIÓN DE LAS ESPECIES DE TIPOS

Los tres conceptos desarrollados —tipo garantía, tipo del error, tipo sistemático— son de naturaleza puramente formal: caracterizan sólo el sentido y la tarea del tipo pero no expresan qué elementos tiene que contener cada especie para cumplir las funciones correspondientes [m].

Hasta hace poco se ha sostenido que sólo habría un tipo —fuera del caso del tipo de la teoría general del derecho que no tiene aquí ninguna función—. Este único tipo cumpliría al mismo tiempo las tres funciones [m]. En los últimos tiempos se ha comenzado a tomar conciencia de esta problemática[180]. Así es como entran en consideración a los efectos del § 2 del Código Penal (irretro-actividad de la ley penal), no sólo los elementos del tipo en sentido tradicional, sino también los elementos de la culpabilidad[181], y según el punto de vista de H. Mayer, inclusive los presupuestos de procesabilidad[182]. Caracterizando todos estos elementos como elementos del tipo, dado que todos ellos caen bajo la garantía del § 2 del Código Penal, obtendremos el "tipo garantía", que no tiene mucho en común con el tipo del error o con el sistemático.

Pero también se ha tornado problemática la identidad de tipo sistemático y tipo del error. En general, hoy es

[178] Al contrario, Mezger ("NJW", 1953, ps. 2/6) y Engisch, en *Mezger-Festschrift*, ps. 130/132, ponen conceptos de tipo uno al lado del otro, que en parte sólo caracterizan una función y en parte expresan un determinado contenido.

[179] Una excepción clara establece aquí Bruns, *Kritik*, 1932. Esck-recedoramente también Sievers, *Subjektive Unrechtselemente*, nota 92, ps. 1117114.

!80 Conf. Lang-Hinrichsen, "JR", 1952, p. 307; Engisch, *Mezger-Festschr.*, ps 130/133.

[181] Ver Engisch, *Mesger-Festschrifi*, p. 131.

isa "JZ", 1953, p. 105; otra opinión Welzel, ,"JZ", 1952, p. 617. ...

reconocido que al tipo penal, entendido como concepto fundamental del sistema jurídico penal, pertenecen también elementos subjetivos. Al contrario, no está aclarado definitivamente y es dudoso que los elementos subjetivos del tipo sistemático puedan ser objeto del dolo, o lo que es lo mismo, elementos del tipo del error. Welzel[183] se pronuncia por la negativa, mientras Engisch[184] tiende a responder afirmativamente. Especialmente en una teoría del delito finalista, en la cual el dolo pertenece al tipo, sólo es posible llegar a una coincidencia entre tipo sistemático y tipo del error si se reconoce la posibilidad de que el dolo se refiera a sí mismo. Por último, si quiere aplicarse el § 59 del C. Penal a los presupuestos objetivos de una causa de inculpabilidad (por ejemplo, el estado de necesidad putativo)[185], la coincidencia de tipo sistemático y tipo del error será para el sistema actual totalmente imposible, pues los elementos que pertenecen indiscutible mente a la culpabilidad no pueden ocupar su lugar sistemático dentro del tipo.

Estas breves reflexiones nos demuestran la necesidad de separar claramente los tres conceptos de tipo penal, pues si es cierto que abarcan campos comunes, también es cierto que no coinciden entre sí. Raramente[186] se ha

183 "NJW", 1953, p. 329, nota 14.

[1M] *Mezger-Festschrift,* p. 133; conf. también "GA", 1955, ps. 161/167, especialmente p. 166; ahora claramente: *Rittler-Festschrift,* ps. 171/172.

[189] Conf. Engisch, *Mezger-Festschrift,* p. 133, nota 1.

[188] La monografía de Bruns, *Kritik der Tatbestandslehre,* así como las observaciones de Engisch, *Mezger-Festschrift,* ps. 130/133, 162, 163, y Lang-Hinrichsen, "JR", 1952, p. 307, brindan valiosos puntos de apoyo. También la distinción final propuesta por Beling entre tipo de delitos y esquema rector *(Die Lehre vom Tatbestand,* 1930) implica desde un punto de vista objetivo una separación del tipo sistemático y del tipo del error, aunque Beling no lo haya dicho expresamente. Contra la equiparación no comprobada de tipo sistemático y tipo del dolo puede verse también, desde un punto de vista objetivo, Schweikert, *Wandlungen,* ps. 26, 35, 126, etc., quien entiende el "tipo" sólo en el sentido del tipo sistemático.

seguido este camino. La consecuencia es una confusión no sólo terminológica sino también objetiva; pues lo que rige para el tipo del error no tiene por qué necesariamente regir también para el tipo-garantía o el sistemático. Sería especialmente importante establecer el contenido y los límites del tipo garantía, del sistemático y del error, procurando aclarar sus relaciones recíprocas. En este trabajo, un escueto desarrollo del problema sólo servirá para hacernos conciente cuál de las tres funciones del tipo penal deben cumplir los tipos abiertos.

El tipo garantía, por supuesto, debe quedar inmediatamente fuera de toda consideración. Los tipos abiertos no cumplen en ese ámbito ningún papel. Por supuesto, no es posible aplicar retroactivamente la ley que sanciona la resistencia a la autoridad; y por cierto, que tampoco en los casos en que se considere que la "legitimidad del ejercicio del cargo" no pertenece al "tipo" del § 113 del Código Penal. El propio Welzel no acepta semejantes consecuencias, pues junto a los elementos de la descripción del hecho incluye en el tipo-garantía los elementos de la antijuricidad y de la culpabilidad, así como las condiciones de puuibilidad (aunque no hable expresamente de tipo garantía) [187].

En consecuencia, sólo quedarán el tipo del error y el tipo sistemático. Welzel parte tácitamente de que los elementos del deber jurídico tienen significación en ambas direcciones. Es por ello que tendremos que analizar tanto la significación dogmática (que se refiere al tipo sistemático) como la práctica (referida al tipo del error) de esta teoría [m]. Siguiendo el desarrollo de la concepción del tipo de Welzel, se revela que su construcción ha nacido en razón de un tratamiento determinado por su finalidad de

«f L.B., p. 20 (6).

[188] Conf. *supra*, ps. 56 y ss. y 29 y ss.

los casos de error[189]. Básicamente ésta es también la opi^ nión de aquellos que reprochan- a Welzel haber hecho una construcción *ad hoc* o bien una construcción "deducida de los resultados a que se quiere llegar"[100]. En verdad, con esto no se dice más que Welzel habría orientado su tipo sistemático hacia una solución de los casos de error deducida de los resultados propuestos como meta, es decir, el tipo del error. El propio Welzel sostiene que ello no es así, sino precisamente al contrario. Su concepción sería "todo lo contrario de una construcción deducida únicamente de los resultados, pues es una consecuencia necesaria" de sus puntos de partida dogmáticos[191].

Este planteamiento del problema nos parece algo equivocado. El hecho de que se quiera fundamentar la solución de los problemas del error —de los que aquí sé trata en primera línea— "a partir del resultado", no justifica reproche alguno. Una regulación del error debe ser en lo posible justa. Este objetivo sólo puede alcanzarse en la medida en que de su aplicación se deriven resultados razonables y merecedores de aprobación. Si se quisiera tratar el error sin consideración de los resultados, haciendo depender a éstos de consideraciones abstractas sobre la posición sistemática y la naturaleza dogmática del concepto de tipo, se partiría de un método falso. Los problemas del error tienen que resolverse en primera línea a partir de ellos mismos.

Distinta es la cuestión del tipo sistemático. En lo que a él respecta, la crítica se dirige, en cambio, al hecho de que su posición dogmática y su configuración se hace depender de la solución practicable de algunos casos de error. La vinculación aparentemente indisoluble de ambos

[188] Conf. *supra*, ps. 158/159.

i»o y. Weber, "GA", 1953, p. 165; Engisch, *Mezger-Fest.*, ps. 158/159; Lange, "JZ", 1953, ps. 12/14; Gallas, "ZStW", 1955, t. 67 p. 24- Schröder "ZStW", t. 65, 1953, p. 183.

i»i -ZStW", t. 67, 1955, p. 227.

grupos de problemas se apoya solamente en la identificación de tipo sistemático y tipo, del error.

Más correcto sería no partir del axioma de la identidad de ambos conceptos del tipo, sino mantener primeramente separados tanto el tipo del error como el tipo sistemático y verificar luego si, o en qué medida, ambos podrían superponerse.

Así lo haremos en lo sucesivo. Trataremos en primer lugar la problemática del error.

C) EL TIPO DEL ERROR

Nuestra cuestión inicial puede formularse de la siguiente manera: ¿Cómo debe constituirse el tipo penal en el sentido del § 59 del Código Penal, que cumpla con las exigencias de la justicia, la seguridad jurídica y la adecuación a sus fines? El resultado de esta investigación nos permitirá llevar a cabo una propuesta para el tratamiento práctico de los elementos del deber jurídico.

Excedería los límites de este trabajo explicar aquí, en forma detallada, las diversas teorías del error. Ello no sería posible en lo reducido de este espacio, ni es objetivo de este trabajo. Nos limitaremos a una corta discusión reducida al ámbito de nuestra problemática introduciéndonos en los puntos de vista que aparecen como más importantes, con expresa renuncia a los datos referentes a la bibliografía [1M]. Debemos procurar solucionar los problemas del error en una orientación puramente teleológica, independiente de la "naturaleza" del concepto de acción o del tipo de lo ilícito o del dolo.

[192] Una magnifica exposición de la bibliografía puede verse en Arthur Kaufmann: *Das Unrechtsbewusstsein in der SchuUUehre des Straf rechts,* 1949, y para los últimos tiempos en *"Jí",* 1954, ps. 653/659; además en Lang-Hinríchsen, "JR", 1952, p. 184, nota 3. •-•...■■;

I. *Los límites del dolo respectó de la culpa.*

1. *Las teorías en discusión.*

a) Los grados de la culpabilidad.

El legislador brinda a menudo dos diversas escalas penales: una mayor, para los delitos dolosos, y otra menor, para los culposos. En otros casos hay sólo una escala penal: en tales supuestos la realización culposa del hecho básicamente es no punible. La cuestión de la existencia del dolo o de la culpa decide, o bien sobre la medida de la pena, o directamente sobre la punibilidad lisa y llana. A pesar de la importancia del problema, el legislador ha omitido dar una pauta precisa sobre cuándo debe aceptarse la existencia del dolo y cuándo la de la culpa[183]. La ciencia hubiera tenido en sus manos un juego fácil si hubiera comprobado la existencia de dos grados de culpabilidad claramente diferenciados uno del otro, según su gravedad. Pero esto no ha ocurrido. En verdad, no hay sólo dos grados de culpabilidad, sino por lo menos tres (o más). Es posible distinguir los siguientes casos:

aa) La acción del autor es consecuencia de una actitud moralmente reprochable y socialmente insoportable. El autor es conciente de la antijuricidad de su acción.

Ejemplo: los casos comunes de robo, hurto, estafa, etc., en los cuales el autor con conciencia total se opone a un mandato del derecho.

bb) La acción del autor es resultado de una actitud moralmente reprochable y socialmente insoportable, o bien su querer no es aprobado por el legislador por otros motivos.

El autor no es conciente de su enfrentamiento con

193 EI § 59i COmO es reconocido, no regula esta materia en form« exhaustiva.

una prohibición. Su concepción jurídica diverge, por tanto, de la del legislador.

Ejemplo: Alguien tortura y maltrata crudamente a su niño o a su padre anciano (§ 233b, Cód. Pen.), desbarata desconsideradamente los bienes de su familia (§ 170a, Cód. Pen.), abandona a una embarazada por él inconcientemente (§ 170d), explota con ánimo de lucro a un menoi de edad (§ 302, Cód. Pen.), niega su ayuda a un accidentado sin fundamento alguno (§ 330c, Cód. Pen.) o realiza una acción moralmente indiferente prohibida por las normas del derecho contravencional.

ce) Lo querido por el autor coincide con los mandatos del orden jurídico. A causa de desatención evitable se produce un resultado no querido por el autor. Las concepciones jurídicas del autor y del legislador coinciden.

Ejemplo: alguien atrepella a una anciana que sufre como consecuencia de ello una fractura, durante una carrera atlética (§ 230, Cód. Pen.). O bien alguien que quiere cocinar lo hace en forma tan descuidada que incendia la casa (§ 308, Cód. Pen.).

Las diferencias pueden sintetizarse brevemente de la siguiente manera: en el primer supuesto, el autor quiere concientemente algo diverso de lo querido por el legislador; en el segundo, quiere inconcientemente algo diverso de lo querido por el legislador; en el tercero, su voluntad no diverge de la del legislador. Otras diferencias por ahora pueden omitirse.

Es claro que en los tres supuestos el autor ha obrado culpablemente. Sin necesidad de una fundamentación profunda se comprende también que aquí se dan tres grados distintos de culpabilidad. La dificultad consiste en que el legislador sólo brinda dos posibilidades para clasificar los diversos grados de culpabilidad: el dolo o la culpa. Se entiende sin más que el primer grupo de nuestros tres ejemplos pertenece al grado más grave de culpabilidad y que

cae, por tanto, bajo la escala penal más rigurosa del delito doloso. Sobre esto ha existido-unidad en todas las teorías. Sin embargo, resulta discutible la cuestión de si, y en caso afirmativo hasta qué punto, las acciones de los restantes grupos son equivalentes según su contenido de culpabilidad con el primer grupo y si pueden ser consideradas dolosas. Las teorías que existen podrían graduarse según la medida en que extienden el concepto de dolo sobre los otros supuestos. De aquí surgirá la siguiente ordenación panorámica:

b) La teoría del dolo I.

En primer lugar aparece la teoría del dolo en su formulación más pura, según la cual sólo debe aceptarse el dolo cuando el autor supo de la prohibición de su comportamiento. Esta teoría reduce el ámbito del dolo al primero de nuestros grupos y explica los dos restantes como casos de culpa.

Dado que para ella carece de significación práctica la distinción entre error de tipo y error de prohibición, soluciona la cuestión de los elementos del deber jurídico de manera muy sencilla y, por consiguiente, de modo adecuado para la seguridad jurídica: todos los errores excluyen el dolo de la misma forma (y con ello en casi todos los tipos abiertos excluyen también la punibilidad), en la medida en que el autor de algún modo no tuvo conciente la antijuricidad de su hecho. El concepto de tipo penal es únicamente de interés sistemático y dogmático; carece, pues, de influencia sobre el tratamiento del problema del error; es posible realizar el tipo con conocimiento y voluntad y sin embargo haber obrado sin dolo. La pertenencia de los elementos de la antijuricidad al tipo carece de toda significación práctica.

Esta concepción se corresponde perfectamente con nuestra exigencia de no resolver los problemas del error

mediante construcciones del tipo. Esta teoría sólo conoce el tipo sistemático y determina el tipo del error (es decir, los elementos que deben ser abarcados por el dolo) desde otros puntos de vista. Siguiendo esta teoría se resolvería el problema de los tipos abiertos conforme a su significación práctica, en la medida en que aquellos elementos —que la jurisprudencia considera condiciones objetivas de la punibilidad— no requieran necesariamente una discusión especializada.

¿Cumple la teoría del dolo con las exigencias de justicia? La justicia es una idea formal[194]. Ella exige solamente tratar igual lo igual y distintamente lo distinto, pero no nos pone en la mano una medida que sirva para determinar lo igual y lo que no lo es. Esto se ve también aquí:

Los representantes de la teoría del dolo repiten el argumento de que no puede haber nada "distinto" para la valoración de un hecho que la comprobación de si el autor se ha revelado concientemente contra el derecho o si lo ha violado involuntariamente[1W]; no se trata de una cuantificación del grado de la culpabilidad sino de una diferencia cualitativa[19C]. De la misma manera que Bin-ding, argumenta últimamente Schröder[197] en el sentido de que "en la culpabilidad dolosa lo especial que la diferencia de la culpa es que el autor se ha decidido en favor de lo ilícito en la elección entre lícito e ilícito. Este hecho determina un reproche de caracteres específicos que la mera comprobación del conocimiento del autor de los elementos del tipo no permitiría". Los casos que no se incluyen en el primero de nuestros tres grupos no presentan "una decisión en favor de lo ilícito y contra lo lícito"

194 Radbruch, *Vorschule der RechtsphÜophie,* p. 25.

[195] Conf. Binding, *Die* Schuld *im deutschen Strafrecht,* p. 18.

108 Schröder, "ZStW", t. 65, 1953, p. 195, y "MDR", 1951, ps. 387/388; Lang-Hinrichsen, "JR", 1952, p. 191.

107 "ZStW", lug. cit, ps. 196/197.

contenida en la intención de cometer el hecho del autor, sino que el reproche se funda, en una insuficiente utilización de las fuerzas de su personalidad, es decir, en su negligencia. Lang-Hinrichsen [m] piensa inclusive, al rechazar uno de los argumentos preferidos de Welzel, que entre la violación conciente y la inconciente del derecho existen "diferencias materiales previas al orden jurídico" que "no pueden ser insuficientemente valoradas por la ley en su expresión positiva"; luego se remite expresamente a la justicia afirmando: "mientras tenga validez el principio previo al derecho, de que lo igual debe tratarse igual", el error de tipo y el error de prohibición deben merecer idéntico tratamiento, pues "no existe entre ellos una diferencia valorativa decisiva con respecto a la reprochabili-dad" [109].

La ponderación de esta teoría obliga a dar razón sin más a los seguidores de la teoría del dolo en cuanto a que la lesión voluntaria del orden jurídico merece a menudo un reproche mayor que la involuntaria. Sólo cabe preguntarse si esta diferencia es tan fundamental como para apoyar en ella la separación de dolo y culpa, y en la mayoría de los casos inclusive la decisión sobre la pu-nibilidad de un comportamiento. Tal no sería el caso si, como consecuencia de esta jerarquización, quedaran fuera de consideración diferencias valorativas más importantes. Especialmente en el caso intermedio de los tres grados de culpabilidad que hemos destacado, resulta muy dudoso determinar si conforme a su disvalor jurídico, no está más cerca del primero que del tercero. Cuando alguien maltrata crudamente a su niño probablemente no nos sentiremos obligados a atenuar el reproche de culpabilidad si el autor afirma no haber conocido la antijuricidad de su

ios Como en nota 196. 199
"JR" 1952-, p. 357.

acción; y cuando alguien, para no ensuciar las butacas de su auto, deja desangrar a un accidentado que podría ser salvado si se lo conduce rápidamente a un hospital, no consideráremos al desconocimiento del deber de socorro como atenuante de la culpabilidad. Sin embargo, la teoría del dolo, en estos casos, debería absolver. Para ella sólo es posible tratar al autor, en el mejor de los casos, como autor culposo equiparándolo valorativamente con una acción que ha producido un resultado no deseado que podría haberse evitado, pero que no afecta para nada la integridad moral del autor. Este problema podría formularse brevemente diciendo: ¿Dónde reside la diferencia decisiva de la valoración entre lesión conciente e inconciente de un mandato del legislador (entre los niveles 1 y 2) o entre finalidad de la acción aprobada y desaprobada (entre los niveles 2 y 3)? Mientras la pura teoría del dolo sigue la primera alternativa, las otras concepciones, todavía no tratadas aquí, se pronuncian más o menos decididamente sobre el segundo punto de vista. Ellas pueden llegar en ambos casos a la sanción del hecho como doloso.

Al decidir la cuestión sobre la corrección de ambas concepciones no encontraremos ya más ayuda en la idea formal de justicia. Se requiere un acto valorador, a partir de Ja idea del fin del derecho[200]. En nuestro caso la cuestión conduce a la vieja discusión —que roza la esencia del delito— de si una acción es un injusto porque es punible, o si es punible porque es un injusto.

La teoría del dolo se acerca a la primera concepción. Como lo muestran las citas traídas a colación más arriba[201] el núcleo y la esencia del delito reside en la actitud conciente de rebeldía contra el derecho, es decir, en la desobediencia. Por ello, se sostiene que sólo en estos casos se alcanza el grado de culpabilidad más grave.

200 Conf. Radbruch, *Vortchúle,* p. 26.
201 Ps. 181 y ss.

A la inversa, las otras concepciones no sitúan el centro de gravedad en la cuestión de-si el autor fue obediente o no con el legislador, sino que perciben el núcleo del delito en la reprochabilidad moral y la insoportabilidad social del comportamiento del autor. En ello reside la falta grave independientemente de la conciencia de la antijuri-cidad. Por ello, estas teorías incluyen el segundo grupo en lo esencial con el primero en un mismo nivel de culpabilidad —el hecho doloso—.

¿Quién tiene razón? La solución de esta cuestión podría formar el objeto de una monografía especial. Aquí será suficiente con una indicación: el parentesco de la teoría del dolo con el espíritu del positivismo legal resulta inconfundible. Si sólo el legislador determina qué es le adecuado al derecho y qué es lo antijurídico, el centro de gravedad del delito residirá necesariamente en desoír la voluntad del legislador. No es una casualidad que Binding, uno de los más influyentes y todavía hoy eficaz representante de la teoría del dolo, haya sido al mismo tiempo un positivista conciente[202].

En verdad, los equivocados son los positivistas. Las normas jurídico-penales no están separadas del orden moral y de las concepciones culturales ni son tampoco órdenes independientes de un déspota caprichoso, que podrían tener este contenido o cualquier otro, sino que encuentran su sustento en la convicción popular —que precede a la regulación jurídica— sobre lo justo y lo injusto. Esto tendrá también que aclararlo quien no quiera reconocer un reino absoluto y apriorístico de valores o un orden de creación divina. Guillermo Teil, que no quiso saludar al som-

[202] Conf., al respecto, Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totea,* ps. 273 y ss.; "No hay duda de que Binding era un positivista. Toda su obra expresa en este sentido un lenguaje inequívoco" (p. 273). Pero Kaufmann señala con razón que Binding fue frecuentemente infiel en la aplicación practica de la ley a su punto de partida.

brero de Gessler, obra con el más alto grado de desobediencia a la ley, pero, sin embargo, no comete injusto alguno, pues su hecho carece de reprobabilidad moral y social, es decir, del contenido material de lo injusto. Al contrario, el padre que maltrata crudamente a su hijo o dilapida inconcientemente el patrimonio familiar no desobedece la ley; sin embargo, el reproche de culpabilidad no es por ello más pequeño, pues el hecho choca contra los más sencillos mandatos del orden social y moral; tal lesión constituía ya un injusto material —aunque no formal— antes de que se lo declarara punible; por tatito, no puede ser mucho menos reprochable cuando el autor haya obrado sin conciencia de la declaración de la antijuricidad.

La cuestión de si la esencia del delito reside en la desobediencia o en su contrariedad al valor o en su dañosidad social, debe responderse, por consiguiente, en el segundo sentido. Por ello, la teoría del dolo debe rechazarse en su forma pura. Ella es "injusta" porque deja de lado una diferencia considerable a los efectos de la valoración jurídico-penal, que sin embargo no es secundaria y decide sobre la punibilidad o la medida de la escala penal[203].

La injusticia de esta solución se pone de manifiesto en que la mayoría de los representantes de la teoría del dolo han introducido limitaciones con respecto a su posición fundamental. Quien a causa de un error de subsunción (por ejemplo, la interpretación incorrecta del concepto de "documento") cree que su acción no está prohibida, debería ser absuelto si la teoría del dolo se aplica consecuentemente; pues el presupuesto del dolo, es decir, "la decisión del autor entre derecho e injusto en favor de lo injusto"[204] no se da en este caso. A pesar de ello, en casi todos los casos los autores se conforman con la "valoración

203 Una exposición sistemática de otros argumentos contra la teoría del dolo se puede ver en Welzel, "ZStW", t. 67, 1955, ps. 196 y ss.

204 Conf. la cita de Schröder, *supra*, p. 181.

paralela en la esfera del lego"- haciéndose con ello una concesión al concepto material de lo injusto. Lo mismo rige con respecto a la tentativa: en los casos de acciones especialmente reprochables el autor será sancionado *como si* hubiera obrado dolosamente, a pesar de la falta de conciencia de la antijuricidad y de la aparente falta de dolo, si ha obrado "como enemigo del derecho", o si su error se apoya en una actitud incompatible con la concepción general sobre el derecho y lo injusto. Tan correcta es la observación de este punto de vista como poco consecuente con respecto a las premisas de una teoría del dolo apoyada en la conciencia de la antijuricidad formal. Por lo demás, este intento de tomar en cuenta la verdadera esencia del delito resulta ya inidónea en tanto no es posible configurar el ámbito de la "enemistad al derecho" de manera más o menos segura. No sólo la hibridez de esta construcción, sino también la gran inseguridad que reporta con relación a la delimitación del ámbito correspondiente al dolo y a la culpa, o sea, inclusive de la impunidad, la toman una teoría sumamente objetable.

Por ello, la teoría del dolo no puede brindar un fundamento adecuado para la solución de los problemas del error que plantean los elementos del deber jurídico, a pesar de sus sencillos resultados, en la medida en que toma como punto de partida —por lo menos en principio— la desobediencia a la voluntad del legislador.

La teoría del dolo 11

Las críticas expuestas son tomadas en cuenta por otra teoría que a falta de una caracterización mejor designaremos como "teoría del dolo II". Para ella el dolo depende también de la conciencia de la antijuricidad, pero no se apoya en la conciencia de la antijuricidad formal, sino que exige del autor únicamente la conciencia de la antijuricidad material, es decir, de la dañosidad social de su acción.

Esta teoría ha sido fundamentada con especial profundidad por Arthur Kaufmann, un discípulo de Radbruch[205]. Según su punto de vista, el autor dentro del derecho criminal, siempre alcanzará la conciencia de la dañosidad social mediante el conocimiento de todos los elementos fundamentadores de lo injusto, y en especial de los elementos normativos del tipo, que se requieren como presupuestos de la aplicación de una pena por un hecho doloso. En cambio, en el ámbito del derecho contraven-cional, en el cual el mero conocimiento del tipo no le proporciona al autor el conocimiento del contenido material de lo injusto, la conciencia de la antijuricidad formal es un presupuesto del dolo[20]". Si volvemos nuevamente sobre nuestros tres niveles de la culpabilidad[207] esta concepción puede presentarse de la siguiente manera: bajo el concepto de acción dolosa caen todos los hechos del primer grupo; dentro del segundo, es preciso diferenciar según que el autor —cuya concepción del derecho se aparta de la del legislador— lesiona una norma del derecho penal material *(Justizstrafrecht)* o una prescripción éticamente acromática del derecho penal administrativo. En el primer caso habrá dolo, y en el segundo culpa.

A este respecto cabe afirmar lo siguiente: es acertado que en el ámbito del derecho penal criminal los tipos penales describen normalmente el comportamiento prohibido y que su conocimiento brinda al autor la conciencia de la contrariedad social. De todo esto no se deduce, sin embargo, que el autor haya tenido necesariamente en claro lo injusto material de su hecho. Precisamente el delincuen-

[20a] Conf. *Unrechtsbewusstsein,* especialmente ps. 143 y ss., p. 153, con mayores comprobaciones; muy similar Nowakowski, *"7SÍW",* 65, 1953, p. 385.

[20]« Lug. cit., p. 191.

[20T] *Supra,* ps. 178/179.

te embrutecido o desconsideradamente negligente suele, por lo general, no pensar demasiado en las consecuencias sociales de su comportamiento; no por ello resultará menos reprochable que aquel que de todos modos ha aplicado su conciencia. Quien maltrata un animal, el pedagogo que apalea a sus pupilos, el rufián y el usurero merecen la pena del delito doloso aunque no tengan en claro el disvalor social de su comportamiento. Su culpabilidad, equivalente a la del delincuente conciente, consiste en haber omitido usar sus fuerzas morales para alcanzar el conocimiento de las reglas fundamentales del comportamiento humano. Lo que hemos afirmado antes sobre el conocimiento de la prohibición, rige, por lo menos, en los delitos criminales graves también para la conciencia de lo injusto material del hecho: el mayor contenido de disvalor que justifica la aplicación de la pena correspondiente al delito doloso, reside ante todo en que el autor hace algo conciente que supera los límites de lo socialmente tolerable —más que en el hecho de ser conciente de la trasgresión de tales límites—. La teoría del dolo II no merece, por consiguiente, acuerdo cuando exige que el autor debe haber tenido necesariamente ante sus ojos lo injusto material de su hecho. Por lo menos en el ámbito del derecho penal, para la aplicación de la pena del delito doloso es suficiente que el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias decisivas para la determinación de lo injusto. Esta concepción se superpone, en los resultados, con la solución de la variante de la teoría del dolo II defendida por Arthur Kaufmann —naturalmente ello es ¡sí, porque Kaufmann estima que con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo se da *eo ipso* la conciencia le la contrariedad social—.

Cuanto mas se acerca una norma penal a las prescripciones contravencionales y más se aleja del propio contenido criminal, será menor el reproche que se le hace al autor por no haber tenido conciencia de lo injusto de

su acción. Esto ha sido visto correctamente por Kaufmann [20S]. Si nosotros no nos adherimos de todos modos a su concepción de que la conciencia de la antijuricidad sería necesaria, es por razones de practicabilidad. Los límites entre el derecho penal criminal y el cont'ravencional resultan 'difíciles de trazar. Evidentemente no todas las prescripciones contenidas en el Código Penal tienen un fundamento ético-social, ni todo el derecho penal especial tiene una función meramente ordenadora.

Aceptando esta teoría, quedaría a menudo poco claro si en el caso concreto la conciencia de la antijuricidad es requisito del dolo o no. Por ello es que esta regulación no puede satisfacer completamente, a pesar de la justicia de los resultados a que puede conducir, pues no contenv pía suficientemente la cuestión de la seguridad jurídica.-

La teoría de la culpabilidad I

Vamos a tratar aquí la teoría que Mezger ha llamado de los "niveles de la culpabilidad"[209], y que últimamente suele denominarse como "teoría limitada de la culpabilidad". Esta teoría observa claramente los límites de los tres niveles de culpabilidad que hemos destacado y somete a los dos primeros grupos a la pena más grave correspondiente al delito doloso. Esto ha sido expresado de manera especialmente clara por von Weber[210]. Los presupuestos de la teoría del delito doloso son descritos por él de esta manera: "El contenido de lo querido —en una valoración objetiva— tiene que ser antijurídico; si el autor sabe que esto es así o si su valoración subjetiva del hecho coincide

[208] Igualmente ahora con energía Lange, "JZ", 1956, ps. 73 y ss., 519 y ss., y "JZ", 1957, ps. 233 y ss.

209 "NJW", 1953, p. 5. Mezger caracteriza esta teoría en forma dis tinta a nosotros, con la expresión "teoría de la culpabilidad II", lo que conviene señalar para evitar malos entendidos.

[2,0] *Mezger-Festschrift,* p. 189.

con la valoración objetiva desde el punto de vista del derecho positivo, carece de significación". En ambos casos, el autor obra dolosamente. Al contrario, los casos de error del tercer grupo, en los cuales lo querido por el autor coincide con lo mandado por el orden jurídico, está sometido solamente a la pena correspondiente al delito culposo.

Esta teoría puede caracterizarse —en la medida en que ello sea posible dentro de la discutibilidad de las cuestiones del error— como la teoría dominante en este momento. A sus representantes pertenecen todos aquellos que requieren como objeto del dolo, no ya la antijuricidad misma, pero sí los presupuestos objetivos de las causas de justificación. También la Corte Federal (BGH) se ha adherido a ella —por lo menos básicamente—[2U]. La confusa formulación, que hace depender la cuestión de si el autor habría obrado "en sí como leal al derecho", quiere significar algo objetivamente correcto: para la pena por la comisión de un hecho doloso no entra en consideración el autor "leal al derecho" que quiso algo coincidente con lo querido por el orden jurídico —pero si quiso algo que no coincidía con *lo* querido por el orden jurídico, obrará dolosamente cuando lo haga sin conciencia de la antijuricidad—.

Por medio de la reducción ilimitada de los niveles I y II de la culpabilidad, al concepto de hecho doloso, se logra una separación relativamente sencilla del error de tipo, que excluye el dolo, y del error de prohibición, que atenúa la culpabilidad. El dolo desaparecerá siempre que el autor suponga erróneamente una circunstancia decisiva para lo injusto, sea que se trate de una circunstancia fundamentadora positiva o excluyente y negativa, legalmente determinada o no. De esta manera, el concepto de "tipo

[211] Conf. "JZ", 1952, ps. 595/596; conf. comentario de Welzel (BGHSt, 3, 105 y ss.).

total" desarrollado por Lang-Hinrichsen es decisivo para el ámbito de la teoría del error[212].

Sobre estas bases es posible resolver correctamente Jas cuestiones del error:

La teoría de la culpabilidad es superior, en la forma aquí considerada, a la teoría del dolo que en todos los casos exige para la pena del delito doloso la conciencia de la antijuricidad formal o, por lo menos, material del hecho. Con la teoría de la culpabilidad se explica mejor •el fundamento del reproche más elevado de culpabilidad, que reside en el hecho conciente constitutivo de lo injusto, objetivamente considerado, y no tanto en la conciencia de lo injusto. Por este motivo es que esta forma de la teoría de la culpabilidad no se ve obligada a limitar mediante criterios poco definidos, como la enemistad con el derecho, los resultados que se deducen de su posición fundamental.

Esta teoría también es preferible a la modificación de la teoría del dolo II propuesta por Arthur Kaufmann. Por cierto que en el ámbito del derecho penal cOntravencional, se excluye o es muy pequeño el reproche de culpabilidad contra el autor que ha obrado sin conciencia de lo injusto. Pero en estos casos, la teoría de la culpabilidad puede alcanzar soluciones adecuadas, reduciendo inclusive al mínimo la pena del delito doloso y contemplando la posibilidad de exclusión de la culpabilidad. De esta manera, se llega a resultados tan correctos como con la teoría de Arthur Kaufmann y Lange, evitando, a la vez, inseguridad jurídica. La diferencia práctica de ambas teorías no es de todos modos muy considerable. Arthur Kaufmann[213], siguiendo a Nowakowski, opina inclusive que con su teoría se superaría en el ámbito de lo injusto criminal la oposición entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad.

[212] Conf. *supra,* p. 67; Lang-Hinrichsen no separa la cuestión del -error de la base de este tipo penal; es partidario de la teoría del dolo. i¡í;i "jz"; i954> p. 654, nota 15.

Podrá surgir entonces una-solución del problema de? los elementos del deber jurídico a partir de los fundamentos de la teoría de la culpabilidad a la cual nos adherimos. Su realización, de todos modos, sólo será posible luego de tomar posición frente a la variante de esta teoría. defendida por Welzel, que llamaremos teoría de la culpabilidad II.

La teoría de la culpabilidad II

En el centro de la discusión de la teoría de la culpabilidad, no aparece ya la disputa sobre la teoría del dolo o la teoría de la culpabilidad, sino la lucha entre dos teorías distintas de la culpabilidad. La diferencia de ambas teorías se encuentra en la diversa forma de tratamiento de los presupuestos objetivos de las causas de justificación, que pueden designarse también como elementos negativos del tipo, o como elementos de la justificación. La teoría de la culpabilidad I, expuesta más arriba, incluye estos elementos en el tipo del error, mientras que la teoría de la culpabilidad II, que hoy se designa como "teoría estricta de la culpabilidad" y que siguen en especial Welzel y también Eb. Schmidt, Bockelmann, Donha, Niese y Armin Kaufmann, remite aquellos elementos a la antijuricidad y considera el error sobre ellos como error de prohibición[218].

La teoría de la culpabilidad II requiere menor número de exigencias con respecto al dolo que todas las teorías modernas. En oposición a la teoría de la culpabilidad I, esta teoría no toma en cuenta los límites entre los niveles II y III de la culpabilidad. Esto puede verse en el conocido caso de la defensa necesaria putativa: alguien se

2" "ZStW", 65, 1953, p. 385.

[215] Con referencia al estado de la discusión, conf. Arthur Kaufmann, "JZ\ 1954, ps. 653/659, así como Armin Kaufmann, "JZ", 1955, ps. 37/41, nuevamente Arthur Kaufmann en "JZ", 1956, ps. 353/358, y Fukuda, "JZ", }958, ps. 14[r], y ss.

cree atacado, erróneamente, y provoca al supuesto agresor una lesión que si el ataque hubiera existido en realidad, liabría cumplido con los requisitos de la defensa necesaria. En el sentido de nuestra caracterización, tenemos aquí, sin duda, un caso del tercer nivel de la culpabilidad . El contenido de la voluntad del autor, considerado objetivamente, está en consonancia con el orden jurídico: no está prohibido lesionar al agresor defendiéndose de una agresión antijurídica mediante el empleo de violencia.

De ello se deduce que ninguna de las teorías antes •discutidas puede aceptar aquí la existencia de un hecho doloso; pues la teoría del dolo I reserva la escala penal mayor sólo para los casos del primer nivel de culpabilidad; la teoría del dolo II, agrega una parte de los casos del segundo nivel de la culpabilidad, y la teoría de la culpabilidad I incluye todo el segundo nivel de la culpabilidad en el ámbito del dolo. Todas están de acuerdo, entonces, en que los casos del grupo III, en el mejor de los supuestos, debería castigarse como un hecho culposo.

Sólo la teoría de la culpabilidad representada por Welzel penetra en el tercer grupo y sanciona al autor que obra en legítima defensa putativa por lesiones dolosas[216]. Welzel llega a este resultado, haciendo una nueva diferenciación dentro del tercer nivel de la culpabilidad. Él extrae del cúmulo de circunstancias, que en su totalidad determinan lo injusto, algunas que no pueden, por cierto, delimitar por sí solas lo injusto, pero que de todos modos presentan "de la inmensa cantidad de comportamientos humanos aquellos que son relevantes jurídico-penalmente y son objeto de una valoración como adecuados al derecho o como antijurídicos"[217]. Con esto quiere significarse, tal como lo expresa en otro lugar, "aquellas acciones..., que caen fuera del orden de la vida social de un modo inso-

M»- En la medida en que el error sea evitable. an-
"ZStW, t 87, 1955, p. 211.

portable que sólo en situaciones extremas pueden ser justificadas" [218]. Con otras palabras:

Actúa dolosamente todo aquel que conoce las circunstancias que hacen a su acción jurídicamente relevante, es decir, que determinan que ella caiga fuera del orden social; y, por cierto, también en los casos en que lo querido por el autor esté en consonancia con las normas del derecho en una consideración objetiva. Por tanto, habría que distinguir tres grupos:

aa) El autor quiere algo objetivamente adecuado a derecho, pero conoce de todos modos las circunstancias que fundamentan la relevancia jurídica de su hecho: dolo.

Ejemplo: el autor sabe que lesiona a un hombre (lo cual, por cierto, cae fuera del orden de la vida social), pero cree hacerlo en defensa necesaria.

bb) El autor quiere algo objetivamente adecuado a derecho, pero no conoce las circunstancias que convierten su acción en jurídicamente relevante: culpa.

Ejemplo: el autor, dando un paseo en bicicleta (lo que es jurídicamente irrelevante), no presta suficiente atención y lesiona a un peatón.

La circunstancia de que el autor merezca en los casos del primer subgrupo un mayor reproche, lo fundamenta Welzel[219] con las siguientes palabras: "Quien realiza con-cientemente las circunstancias del tipo legal con las cuales la ley describe las acciones que caen fuera del orden de la vida social, tiene por este motivo una doble razón para verificar si excepcionalmente está autorizado, a pesar de ello, a ejecutar la acción". Quien se decide, por tanto, a lesionar a alguien, tiene que decirse: "Lo que tú quieres hacer no es socialmente habitual; en consecuencia, debes comprobar con toda precisión si estás autorizado a ello".

[218] *Neues Bild*, 2» ed., p. 54, nota 1; conf. *supra*, p. 155. 21» "MDR", 1952, p. 589, con una cita parcial de Binding, *Normen*, t. II, p. 152, nota 29; conf. también Fukuda, "JZ", 1958, ps. 146/147, párrafo 6.

Si se omite esta comprobación, su hecho caerá bajo la escala penal del delito doloso si no se estaba autorizado a obrar. Al contrario, aquel que solamente pasea en una bicicleta, no necesita hacerse tales reflexiones, pues no tiene el propósito de llevar a cabo nada fuera de lo habitual. Por este motivo, corresponderá en este último caso un menor reproche en el supuesto de que se lesione a alguien.

La cuestión de hasta qué punto es consecuente, sobre la base de esta concepción, el tratamiento dado por Welzel a los elementos del deber jurídico, se ha planteado repetidas veces[220]. En esas oportunidades se ha demostrado que para la teoría de la culpabilidad no es posible considerar a las circunstancias abarcadoras de la antijurici-dad, como elementos del tipo[221], puesto que desde el punto de vista de Welzel esto conduce a la monstruosidad de trasladarlas íntegramente a la antijuricidad[222]. Más abajo se demostrará que desde el punto de vista de la teoría de la culpabilidad II, no es posible de ninguna manera una solución consecuente, por lo menos en sí misma, del problema de los elementos del deber jurídico[223].

A pesar de ello, no debemos darnos por satisfechos, sino que tendremos que afrontar una discusión general con esta teoría, porque algunos de los elementos del deber jurídico señalan directamente causas de justificación o, por lo menos, fenómenos muy cercanos a ellos, hasta el punto que a su respecto la regulación propuesta por Welzel representa[224] la "consecuencia obligada"[225] de su teoría de la culpabilidad. El tratamiento dado por Welzel

«o Por último, ps. 165/168, 155/157.
2« *Supra*, ps. 158/159.
222 *Supra*, ps. 139/155.
22.j» Conf. ps. 207/209.
224 Conf. *supra*, p. 167.
225 "ZStW", 67, 1955, p. 227.

a estos elementos no „puede contradecirse señalando las incoherencias que se presentan en otros momentos de la antijuricídad.

En la actualidad, todavía hay tres argumentos principales con los cuales los representantes de la teoría de la culpabilidad II combaten la concepción de un tipo del error que abarque todos los elementos determinantes de lo injusto.

aa) El primer fundamento surge de la esencia del dolo [226]. El pensamiento —expresado en breves palabras— es el siguiente:

1. El autor obra dolosamente sólo si en el momento del hecho tiene conciencia actual de todas sus circunstancias.

2. Esta proposición vale no sólo para los elementos positivos, sino también para las llamadas circunstancias negativamente formuladas del hecho. La diferencia entre ambas reside en que en las circunstancias de hecho positivas se exige la conciencia actual de su existencia, mientras que en las formuladas negativamente, en cambio, se requiere la conciencia actual de su no existencia. Es un grueso error, incompatible con los principios del dolo admitir, como ocurre a menudo, que en todas las circunstancias negativamente formuladas, sería suficiente 'la falta de representación de la existencia del hecho negado, porque la conciencia de la falta de este elemento" no es requisito de la imputación[227]. En el caso del § 182 del Código Penal, por ejemplo, el autor que seduce a una joven, debe obrar con conciencia actual de que ella "no ha cumplido todavía 16 años" y es "honesta" —aunque ambas circunstancias tengan carácter negativo—. De ningún modo es

22« Conf., sobre esto, Welzel, 'ZStW, 67, 1955, ps. 208/210, y Armin Kaufmann, "JZ", 1955, ps. 37/38.

«7 Armin Kaufmann, "JZ", 1955, p. 38.

suficiente que el autor sólo sepa "que tiene delante de si una joven .

3. De esto se deduce que si los presupuestos objetivos de una causa de justificación fueran elementos del tipo, la acción dolosa requeriría siempre la conciencia actual de la no concurrencia de los elementos de la justificación en el momento del hecho. Pero esto es imposible. "El dolo de un autor que comete un asesinato o un homicidio. . . unas lesiones, no necesita, naturalmente, tener conciencia de que no lo hace en legítima defensa, sobre la base del consentimiento del lesionado o en la situación de cualquier otra causa de justificación pensable. No sólo tendríamos un dolo monstruoso, sino también una imposibilidad psicológica [228].

4. Si el dolo del autor no debe referirse a la falta de los presupuestos de la justificación, estas circunstancias no pueden pertenecer entonces al tipo penal; pues es de la esencia de los elementos del tipo que su existencia o no existencia sea contenido actual de las representaciones del autor.

Esta argumentación merece aprobación en tanto —como ya ha sido admitido [22B]— no en todas las circunstancias negativas es suficiente para el dolo la falta de representación del hecho negado.

No es correcta la distinción de "circunstancias de hecho negativamente formuladas" que pertenecen al tipo y cuya no concurrencia debe ser actualmente representada en la conciencia del autor, y los "elementos negativos del tipo", que en realidad no pertenecen al tipo y cuya no concurrencia, por tanto, no necesita ser abarcada por el

228 Welzel, "ZStW", lug. cit., p. 210.

[229] Radbruch, *Frank-Festgabe*, t. I, p. 164; Arthur Kaufmann, "JZ", 1954, p. 657, nota 37; ahora, pero limitando sus conclusiones, en "JZ", 1956, p. 357; von Weber, *Mezger-Festschrift*, p. 185.

dolo. Aquí no debe plantearse nuevamente[230] la cuestión de si en general es posible deducir de la esencia del tipo total, que el dolo tenga que comprender la no concurrencia de causas de justificación, o si esta consecuencia no proviene, en realidad, de un razonamiento falso —la confusión de la ausencia de una circunstancia de hecho con Ja circunstancia de su ausencia—. Aun cuando pudiera seguirse a Welzel y a Armin Kaufmann cuando dicen que la teoría de la culpabilidad I tendría que exigir para el dolo de hecho, el conocimiento del autor de la no concurrencia de las causas de justificación, de ninguna manera llegaríamos a las atroces monstruosidades por ellos temidas. Aquí es necesario diferenciar: hay casos en los cuales el dolo, dirigido a la realización de un determinado objetivo, encierra en sí mismo la no-suposición de un suceso de otra naturaleza. Cuando, por ejemplo, un ladrón asalta a un transeúnte en la oscuridad de la calle para sustraerle su cartera con dinero, obviamente de la situación surge que para el ladrón no existen las circunstancias de la defensa necesaria, del estado de necesidad supralegal, del consentimiento, etc. Y esto lo sabe el ladrón, aun cuando no se haga ninguna reflexión sobre la no existencia de estos derechos. El dolo del robo contiene en sí necesariamente la representación de no obrar en legítima defensa o con el consentimiento de la víctima. Esta conciencia inmanente de la no existencia de causas de justificación, no es suficiente para el dolo.

La cuestión es distinta, sin embargo, en otras circunstancias negativas. El dolo de seducir a una joven (§ 182 del C. Penal) no incluye necesariamente la suposición de que la joven no ha cumplido todavía 16 años. Al contrario, el dolo del estupro es independiente de la suposición o no de una determinada edad de la víctima. Por estos

[230] Conf. Arthur Kaufmann, "JZ", 1956, p. 357.

motivos, aquí no es suficiente para el dolo la conciencia; de seducir a una joven honesta, sino que el autor debe-representarse además de ello, que la joven no tiene todavía [líJ] años. Naturalmente que en este supuesto no puedp exigirse más que el autor, a pesar de su conocimiento, se haya decidido al hecho; no es necesario —como Welzel parece suponerlo— que el autor durante todo el trascurso del acto de seducción haya tenido presente la edad de la joven.

En consecuencia, surge de la naturaleza de la cosa. que las exigencias del dolo pueden ser diversas. Esta cuestión nada tiene que ver con la pertenencia de las circunstancias correspondientes al tipo. También en el caso de las "circunstancias negativamente formuladas" en el sen ti-do de Welzel, a menudo, no se trata sino de la misma cuestión que en las causas de justificación[M1]. Para el caso del § 243, I, inc. 3, es suficiente que el autor sepa que abre una puerta por medio de una ganzúa; aquí no es posible exigir que el autor se represente en el momento de la acción que la ganzúa no es un instrumento destinado a la apertura de puertas regularmente, pues este conocimiento está ya incluido en el dolo de utilizar la ganzúa, También en el caso del § 182 del C. Penal es suficiente para el dolo, obviamente, que el autor se haya representado (positivamente) que la muchacha tiene 15 años de edad; nadie exigirá que además de ello haya pensado también en que la seducida "no ha cumplido todavía 16 años de edad"; la conciencia de la no concurrencia de esta circunstancia es inmanente a la representación (positiva) de la edad de la joven. En el § 132a, en el cual Welzel ya no considera las palabritas "sin autorización" como momento de la antijuricidad, sino como una circunstancia de

[231] Conf. el panorama presentado por von Weber en *Mezger-Festschr.*, p. 184.

hecho negativamente formulada[232], bastará para el dolo qué el autor tenga conocimiento de su falta de autorización, sin que se requiera que se haya representado esta circunstancia actualmente en el momento del hecho.

Para el dolo será suficiente en todos los casos un conocimiento surgido de la situación aunque carezca de representación actual; tal representación actual, sólo es necesaria donde la no-existencia de una circunstancia no se deduce de la situación misma. En qué casos se requiere y en cuáles no, es cuestión que debe resolverse casuísticamente. La decisión de esta cuestión es independiente de si se trata de una "circunstancia de hecho negativamente formulada" o de un elemento de la justificación.

bb) El segundo fundamento ha sido aportado por Armin Kaufmann[233], quien es de la opinión de que en casi todos los casos de causas de justificación, sólo está permitido afectar derechos ajenos, en la medida en que esto sea necesario. La comprobación de la necesidad presupone una valoración ponderativa. Esta valoración ponderativa, sólo sería posible en la medida en que se haya comprobado previamente la adecuación típica. "La comparación de diversos medios con relación a un fin presupone.. . que la' adecuación típica de este medio ha sido previamente establecido". "Fuera del ámbito de las prohibiciones *toda* defensa es permitida, sin consideración a su «necesidad»", agrega Kaufmann. "Sólo una vez que la antijuricidad se da «en sí», es posible formular el juicio sobre la justificación"[234].

Más adelante agrega Kaufmann: "Si se quiere dejar

[232] L.B. (6), p. 418, en oposición a ediciones anteriores; por lo demás, Welzel mismo se conforma con un conocimiento sólo actualizable en todos los casos de elementos de la autoría sin negarles su carácter típico. «-'-.■■ [233] *Lebendiges und Totes,* ps. 253 y ss.; "JZ", 55, ps. 39 y 40.

[234] *Lebendiges und Totes,* p. 255.

al autor la formulación del juicio relativo a la necesidad, la exclusión del dolo dependería de la representación del autor sobre la valoración jurídica de los medios utilizados"[235].

Estos argumentos son expresamente aplicados por Kaufmann a los elementos del deber jurídico, en la medida en que éstos encubren causas de justificación[236]. Esto es consecuente, por lo menos en el caso del § 113 del Código Penal, dado que tampoco la resistencia contra el funcionario ejecutor puede sobrepasar los límites de la necesidad.

Toda esta argumentación, sin embargo, no es convincente.

Resulta poco claro por qué la ponderación de la necesidad requiere como presupuesto la adecuación típica de la acción. ¿Es posible afirmar que una acción tiene que ser, en realidad, "en sí prohibida" si sólo está autorizada dentro del marco de la necesidad? En favor de esto no encontramos razones constrictivas. Y si esto fuera así, ¿por qué lo "en sí prohibido" tendría el carácter de típico? Tampoco encontramos absolutamente nada en favor de esto. Lo más que podría sostenerse es que ningún autor podría pensar en la necesidad si no supiera qué su acción resulta "propiamente prohibida", es decir, adecuada al tipo. Pero en primer lugar esto es dudoso, y en segundo lugar, rige —en la medida en que sea correcto— también con respecto a elementos típicos incuestionables. Con las mismas razones podría decirse que nadie tendrá que reflexionar sobre los 16 años de la joven, si no sabe que la seducción "en sí" está prohibida. Sin embargo, nadie piensa que la circunstancia de que la joven no haya alcanzado todavía los 16 años no pertenezca al tipo.

23» *"jz* 1955, p. 40.

[236] *Lebendiges und totes,* p. 259, para los parágrafos 113 y 137 del Código Penal.

En lo que se refiere al segundo argumento de Kaufmann, hay que conceder que desde el punto de vista del tipo total, el dolo depende, hasta cierto grado, de la opinión del autor sobre la "necesidad". La cuestión de hasta qué punto se reserva al autor la ponderación de esta circunstancia, constituye un problema especial. Este problema no tiene nada que ver con la pertenencia al tipo o a la antijuricidad. El problema surgirá igualmente en los casos de circunstancias de hecho indiscutibles, como el "conducir a excesiva velocidad" (§ 315, inc. a), el "ruido perturbador de la tranquilidad" (§ 360, inc. 11), etc. Aquí tampoco podría sostenerse que el dolo dependerá únicamente de la opinión del autor sobre el significado de "excesiva velocidad" o de "perturbador de la tranquilidad". La ■solución de este problema no se obtendrá aquí, así como tampoco podrá deducirse de él una prueba sobre la carencia de carácter típico de la "necesidad".

ce) El tercer y último argumento alegado contra el tipo del error abarcador de todas las circunstancias fundamentadoras de lo injusto, resulta ser de naturaleza teleológica, a pesar de su presentación "lógico-objetiva". Para Welzel, el tratamiento diferencial de las circunstancias de hecho y los elementos de la justificación, es consecuencia de la "diferencia material, que el legislador no ha creado sino que le está previamente dada"[23T]. La teoría de las circunstancias negativas "confunde diferencias valorativas fundamentales del derecho" [23S]. Según ella, "la muerte de un hombre en defensa necesaria, significaría tanto como la muerte de un mosquito, dado que ambos hechos carecerían de adecuación típica. Esta teoría no podría salir del círculo de estas consecuencias. Desde este punto de vista, ella fracasa, pues evidentemente es falsa.. ,"[238].

[2:n] *Neues BUd,* 2* ed., p. 54, nota 1.
338 "zStW", 1955, 67, ps. 210/211.

A este respecto, corresponde apuntar lo siguiente: la diferenciación de Welzel tiene, por cierto, un sentido correcto. Esto lo hemos aclarado ya más arriba[239]. Quien sabe que realiza algo socialmente anormal, debe ser doblemente cuidadoso. En este punto, tanto el RG como ahora BGH han llegado a resultados similares al reconocer un deber de verificación e información con respecto a los presupuestos del estado de necesidad supralegal.

Sin embargo, esta diferencia valorativa no es decisiva. Es posible encontrar matices valorativos todavía en mayor número de casos. Lo importante es tomar en cuenta entre todas estas diferencias, aquellas que manifiestan mayor y más significativa diferencia de valoración, y no dejar de lado los diversos niveles de culpabilidad que son más esenciales: es la diferencia valorativa más significativa la que debe determinar los límites entre la escala penal del dolo y la de la culpa.

Ya hemos explicado que según nuestra convicción, los límites a que nos estamos refiriendo corren entre los niveles 2 y 3 de la culpabilidad y, por tanto, que la diferencia valorativa de mayor significación reside en si la voluntad del autor, independientemente de su representación subjetiva, es antijurídica o no desde el punto de vista de una consideración objetiva.

Según la teoría de Welzel, el comportamiento de un homicida brutal y la muerte de otro en defensa necesaria putativa, presentan una cercanía mayor, desde un punto de vista valorativo, que el hecho cometido en defensa putativa y el comportamiento negligente de un conductor que mata a otro en el tránsito. Esto no es claro. Aquí estarnos, por cierto, ante cuestiones valorativas últimas que no pueden ser probadas; pero es necesario reflexionar sobre el hecho de que a lo largo de muchos decenios, la juris-

»» Ps. 193/194.

prudencia del Tribunal del Imperio consideró —con la aprobación casi unánime de la doctrina— que un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación tiene el efecto de excluir el dolo [24]°, sin que de ello se hayan derivado resultados que no merezcan aprobación. Hellmuth Mayer[241] piensa inclusive que la aceptación de aquel punto de vista por parte del BGH tiene la validez correspondiente al derecho consuetudinario. Aun cuando no quisiera aceptarse esta opinión, la teoría de la culpabilidad I será siempre "más justa". Sería dar un tratamiento igualitario a algo que valorativamente no es igual si se aplicara la pena del delito doloso a un autor que —considerado objetivamente— no ha querido algo distinto de lo deseado por el legislador y sólo como consecuencia de su desatención ha causado el resultado desaprobado, lo mismo que si la dirección de su voluntad mereciera desaprobación.

La teoría de la culpabilidad II no choca, sin embargo, solamente contra la justicia, sino también contra la seguridad jurídica. Ésta exige una clara distinción entre el error de tipo y el error de prohibición, y por tanto, que pueda determinarse claramente y en forma apriorística la pertenencia de un elemento al tipo o a la antijuricidad. También Welzel parte de aquí, cuando sostiene que la relación del tipo con la justificación no resulta intercambiable. Una causa de justificación no podría ser, de ninguna manera, componente de la materia de la prohibición[242]. Sin embargo, su criterio de incluir en el tipo todos aquellos elementos que fundamentan que un hecho caiga fuera del orden social, no representa un criterio delimitador claro. ¿Dónde se halla el límite que separa los hechos que

[LM0] Prescindiendo de los casos excepcionales de estado de necesidad supralegal.

2« "MDR", 1952, p. 394.

[242] *Aktuelle Probleme,* p. 14.

se mueven dentro del orden social de los que caen fuera de éste de una manera "grave", y que realizan, por tanto, un tipo penal? Ello no puede establecerse de manera general. Si no se quiere abandonar la solución de este problema a criterios totalmente inseguros habrá que recurrir a la determinación de la insoportabilidad social mediante las disposiciones legales que contienen los presupuestos más o menos completos de lo injusto. Esta concepción, sin embargo, resulta a menudo —en contra de la opinión de Welzel— dependiente de casualidades idiomáticas.

Así, por ejemplo, según su teoría, el consentimiento en el tráfico sexual no forma parte del tipo de la violación, porque en tales casos no se realiza el elemento típico de la coacción[243]. Al contrario, el encuentro deportivo de box o una operación estética, realizan, a pesar del consentimiento, el tipo de las lesiones; el consentimiento excluye aquí solamente la antijuricidad [24]\ Quien coacciona con violencia a una mujer a tolerar relaciones sexuales extra-matrimoniales creyendo que sólo vence la *vis haud ingrata,* obra con error de tipo y debe ser absuelto. Cuando un médico realiza una operación con fines estéticos, creyendo equivocadamente contar con el consentimiento del paciente, obra en error de prohibición y puede ser sancionado por lesiones dolosas. Es vano preguntarse por la lógica interior de esta distinción. Ella es en verdad el resultado de que el idioma alemán carece de una palabra para expresar la "lesión corporal contra la voluntad", que permitiera incluir ya en la disposición legal concreta el obrar contra la voluntad del afectado —como en el § 177—.

Tampoco la idea del § 226a permite esclarecer esta distinción. ¿Por qué la eficacia del consentimiento en las lesiones, la injuria, o la privación de libertad, depende de su

***« *L.B.*, p. 83 (6).**
s« L.B., ps. 84/85, 241 (6).

consonancia con las boenas costumbres, mientras que en el § 177 no ocurre así? Si una mujer, para no perder su trabajo, consiente lesiones sádicas [24]\ el autor es punible por lesiones; si por las mismas razones se ve obligada a renunciar a su honor sexual, no realiza el tipo del § 177. No se comprenden las razones de esta distinción. Si el fundamento del § 226a se extiende más allá del caso en él legislado, habría que aplicarlo en todas las hipótesis de consentimiento. Una limitación que se refiriera sólo a algunos tipos resultaría arbitraria desde el punto de vista de una consideración te-Ieológica.

El autor, que en el caso del § 127 cree erróneamente contar con el consentimiento del dueño de la casa, obraría con un error de tipo, pues carecería del dolo correspondiente a la acción de "penetrar"[240]. ¿Podría dudarse de que si se aceptara la teoría estricta de la culpabilidad, estaríamos en un caso de error de prohibición, si el legislador en vez de utilizar la palabra *penetrar* hubiera dicho *entrar* antijurídicamente? La consecuencia que Welzel quiere evitar, es decir, que el tipo penal se convierta en un "esquema estilístico casual" [24T], se pone aquí claramente de manifiesto en su propia teoría del tipo penal.

Además, la redacción legal de los tipos particulares no coincide sino raras veces con la concepción del tipo de Welzel.

¿Sería posible afirmar que acciones como la realización de una operación con fines estéticos, o el castigo corporal a un niño llevado a cabo por el padre, "caen gravemente fuera del orden de la vida social" y, por consiguiente, que son "jurídicamente relevantes"? La sola formulación de la pregunta conduce a una respuesta negativa.

De todo esto se deduce que si Welzel extrae su concepto del tipo penal del texto de las disposiciones penales particulares, su concepción no resulta a menudo compati-

2« *L.B.*, p. 85 (6). 218
***L.B.*, p. 83 (6). ¡><T *L.B.*, p. 71 (6).**

ble con la de la ley. Consecuencia de ello es que la decisión respecto del problema del error, aun desde el punto de vista de Welzel, resulta injusta porque en estos casos el autor no se ve forzado a una doble comprobación cuidadosa de la adecuación al derecho de su acción social-mente no habitual.

Si Welzel quisiera mantener su teoría de que el tipo penal debe describir acciones que caen gravemente fuera del orden social, debería construir los tipos penales independientemente de la formulación legal que casualmente aparezca en las prescripciones concretas. Sin embargo, de esta manera, su criterio sería demasiado vago como para permitir una distinción clara. La seguridad jurídica no toleraría esta solución.

La teoría de la culpabilidad de Welzel debe fracasar •entonces al oscilar entre la injusticia y la inseguridad jurídica.

La necesidad de incluir en el tipo los presupuestos objetivos de las causas de justificación y de considerar el ■error sobre ellas como una causa de exclusión del dolo, puede probarse de manera especialmente significativa por medio del fenómeno dogmático de los llamados elementos del ánimo[248], que en los últimos tiempos ha despertado singular interés. En la medida en que se trata de elementos del tipo[249], estos elementos del ánimo otorgan a la •suposición errónea de elementos de la justificación *eo ipso* carácter excluyente del ánimo especial requerido en el tipo, impidiendo de esta manera la realización del tipo mismo.

Por ejemplo, si alguien supone erróneamente los presupuestos objetivos de la defensa necesaria no realizará el tipo penal del asesinato cometido por "bajos motivos", dado

[2]« Básicamente: Hardwig, "ZStW", 68, ps. 14 y ss., y SchrnidMuser, • *Gesinnungsmerkmale,* 1958; también Gallas, *"ZStW,* 67, 1955, ps. 30 y 46.

[249] Como hace Welzel, por lo general; conf. *L.B.,* ps. 64/65 (5), »69/70 (6).

que su error excluye tales motivos, y, por tanto, el tipo subjetivo. Aun cuando se lleven los elementos del ánimo a la culpabilidad, tendremos el mismo resultado: nadie que suponga erróneamente los presupuestos de una causa de justificación (por ejemplo, el estado de necesidad supralegal), será punible por aplicación de los § 170c y 170d (abandono de una embarazada, abandono de un niño), puesto que su acción no se caracteriza por la "in-conciencia" requerida en estas disposiciones.

El error sobre los elementos negativos del tipo impediría también la aplicación de la pena del delito doloso en el caso de los § 212 y 223, que requieren que el autor haya obrado "intencionalmente" *(mutwillig).* Quien obra en la creencia de que concurren en el hecho circunstancias que de existir lo justificarían, la acción de homicidio o de lesiones deja de ser "intencional".

De todos modos, no es comprensible por qué aquello que rige respecto de los tipos penales con elementos del ánimo no se aplicaría a otros tipos penales, sobre todo si se tiene en cuenta que tales elementos pueden introducirse en la formulación legislativa o no, sin alterar sustan-cialmente el contenido del tipo.

Una última y decisiva objeción contra la teoría de la culpabilidad II consiste en que ella no resulta compatible con el fenómeno de los tipos abiertos descubierto por Welzel. El principio esencial de la teoría de la culpabilidad II —como se lo ha mencionado repetidamente— consiste en que el autor tendría que deducir de la anormalidad social de su acción el motivo para verificar cuidadosamente si su proceder estaría excepcionalmente permitido. Esta idea se ha manifestado ya dudosa en el caso de los tipos cerrados. En el caso de los tipos abiertos resulta ya completamente inaplicable, dado que el propio Welzel señala que en ¡ellos la accióa típica no tendría forma de indicar la antijuricidad. De esta manera desaparece al mismo tiém-

po toda justificación interna —inclusive desde el punto de vista de Welzel— para trazar el límite entre tipo y antijuricidad en la forma en que Welzel lo hace.

Para salvar el tipo del error de Welzel se podría trasladar la culpabilidad a los tipos abiertos de Welzel y convertir los elementos del deber jurídico íntegramente en objetos del dolo. Tal situación sería, sin embargo, como se vio más arriba [25°], incompatible con la teoría de la culpabilidad.

Resumiendo: La teoría de la culpabilidad de Welzel no puede resolver satisfactoriamente los problemas del error porque

a) traslada los límites entre el tipo y la antijuricidad a un punto en el cual no se justifica una diferenciación valorativa considerable;

b) porque no posibilita en todos los casos una diferenciación clara y teleológicamente fundamentada del error
- * de tipo y del error de prohibición;

c) porque fracasa frente al problema de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico.

2. *El tratamiento de los elementos del deber jurídico*

a) La solución.

Queda así terminado el trabajo introductorio. Ahora sabemos que los problemas del error deben resolverse sobre la base de la teoría de la culpabilidad I. Ello significa: que sólo podrá aplicarse la pena del delito doloso, si el autor conoce todos los elementos fundamenta-dores del injusto positivo y no supone circunstancias que excluirían lo injusto jurídico-penal. Las circunstancias positivas y negativas son decisivas en idéntica medida para la existencia de lo injusto punible: por ello caracterizamos a estas circunstancias de manera global como "elementos

2M p_s. 158/159.

determinantes de lo injusto".. Si le damos a la suma de estos elementos decisivos para el dolo el nombre de "tipo"[251], ello significa que "el tipo del error" es un "tipo total". De esta manera queda resuelta para el ámbito del error también la cuestión que dejamos en suspenso más arriba[252], relativa a la existencia de tipos "abiertos". Dentro de la teoría del error no hay tipos "abiertos", o indiciarlos de lo injusto; con otras palabras, no hay tipos "su-per-abarcadores"[253]. La pena por el delito doloso, sólo puede aplicarse cuando el autor no haya errado sobre alguna de las circunstancias determinantes de lo injusto en el caso concreto. Al contrario, el autor no necesita saber de la prohibición de la acción ejecutada.

Tenemos que intentar entonces resolver la cuestión del error que plantean los elementos del deber jurídico de manera tal que el resultado obtenido coincida con los principios que hemos desarrollado. Si recordamos la caracterización que hemos dado más arriba[254] en forma provisoria de los elementos del deber jurídico, se verá rápidamente que los puntos de vista predominantemente sostenidos hasta ahora no brindan una solución adecuada. Hasta aquí hemos visto que sólo se presentan tres posibilidades, en general, para el tratamiento de estos elementos: considerarlos como elemento del tipo, como momento de la antijuricidad o como una condición objetiva de puni-bilidad[255]. Ninguna de estas soluciones puede calificarse de satisfactoria.

[251] Si quiere hacérselo así, se trata de una cuestión terminológica. Para nosotros lo importante es lo siguiente: si designamos el objeto a que se* refiere el dolo con la expresión "tipo" *(Tatbestand)* —lo que responde muy cercanamente al contenido del § 59 del Código Penal—, el "tipo del error"' no se determina a partir del "tipo sistemático".

[252] Conf. *supra,* ps. 132/133.

[253] Conf. supra, p. 92.

2»* *Supra,* ps. 131/133.

205 Conf. ps. 29/56.

aa) Considerándolos un elemento del tipo, se exigiría entonces que el tipo abarcara todos Jos elementos determinantes de lo injusto. Por lo general, al mismo tiempo, se incluiría siempre en el tipo penal la valoración total del hecho, es decir, la antijuricidad formal[286]. De esta manera, el tipo tendría un contenido mayor que el que permite la teoría de la culpabilidad. La conciencia de la antijuricidad se convertiría, según este punto de vista, en presupuesto de la punibilidad y —en la concepción finalista— inclusive en presupuesto de la adecuación típica[2,7] El juicio de antijuricidad ya no resultará consecuencia, sino elemento de la realización del tipo. Tal resultado sería consecuente sólo en el caso en que la antijuricidad se concibiera como elemento del tipo[258]. De todos modos, la teoría del dolo I podría concordar con esta concepción en la medida en que en los resultados no habrá diferencia alguna en si la antijuricidad es un elemento del tipo o si la conciencia de la antijuricidad es un componente del dolo. Para la teoría de la culpabilidad en todas sus especies, esta concepción del tipo resulta insostenible. El principio de estas teorías consiste en que el dolo es independiente de la conciencia de la antijuricidad formal. A partir de esta idea fundamental, la teoría de la culpabilidad entraría en contradicciones insolublés si aceptara que en todos los tipos penales con elementos del deber jurídico, el dolo se compone también del conocimiento de lo injusto.

bb) Considerándolos como puros momentos de la antijuricidad, se llega a una solución coincidente con la teoría de la culpabilidad I en tanto esta concepción admite el carácter doloso de una acción a pesar de la falta de conciencia de la antijuricidad. La solución es, sin embargo,

ÍK« Esto se expone en sus particularidades al caracterfcsr los elementos del deber jurídico; conf. *supra,* ps. 131/133. 2" Ver *supra,* ps. 158/159 y 162. 2.w En este sentido, últimamente Bindofcat, "JZ", 1953, p. 73.

poco satisfactoria porque despoja al tipo penal de los elementos determinantes de lo injusto, de los cuales éste no puede prescindir. En nuestro tipo total, la relación entre tipo y antijuricidad se construye de manera tal que la antijuricidad no resultará, por cierto, componente del tipo; pero, sin embargo, todas las circunstancias determinantes de lo injusto (= elementos del tipo) constituirán en conjunto la antijuricidad, por lo que el juez, una vez comprobada totalmente la adecuación típica, deberá emitir el juicio que determine si la acción es o no antijurídica.

Este procedimiento no es aplicable a los tipos abiertos de Welzel. Quien resiste a un funcionario de ejecución violentamente o abre correspondencia ajena, presenta casos en los cuales ni el legislador ni el juez podrían afirmar sin más que el hecho es antijurídico, pues el suceso esquematizado en el tipo no comprende todos los elementos decisivos para lo injusto.

Esta afirmación es idéntica en lo fundamental con nuestra comprobación de que los elementos del deber jurídico, concebidos como componentes de la antijuricidad, sustraen al tipo penal elementos descriptivos[259]; pues todas las circunstancias determinantes de lo injusto tienen a la vez carácter descriptivo.

Por tanto, los elementos del deber jurídico tratados como elementos del tipo recargan a éste con elementos que le son impropios, pero tratados como momentos de la antijuricidad, lo privan de circunstancias que le son propias. En el primer caso, el tipo contendría, por cierto, todos los elementos determinantes de lo injusto pero también, además, la antijuricidad; en el segundo caso le faltaría no solamente la antijuricidad, sino también los elementos descriptivos y determinantes de lo injusto.

ce) Ha sido sostenida, en algunas ocasiones, la con-

[259] *Supra*, ps. 94 y ss.

cepción de que algunos elementos del deber jurídico deben tratarse como condiciones objetivas de punibilidad[16]*. Este criterio es objetable porque las "supuestas condiciones de la punibilidad" resultan contener presupuestos de lo injusto, sustraídos ilegítimamente al tipo. Por encima de ello, esta solución manifiesta numerosas deficiencias. Según ella, la antijuricidad y la culpabilidad serían independientes de la existencia de los elementos del deber jurídico, lo que resulta evidentemente falso: la resistencia al ejercicio antijurídico del cargo y la declaración incorrecta ante una autoridad incompetente no son contenido de injusto jurídico-penal alguno y no es posible en estos casos hablar de reprochabilidad. Por otra parte, esta teoría lesiona el principio de culpabilidad porque conduce a la punibilidad de los errores no culpables sobre elementos del deber jurídico[201].

Una cuestión distinta es la de saber si en virtud de razones político-criminales no debería considerarse en todos estos tipos la existencia de una condición objetiva de punibilidad. Esto requiere una comprobación al investigarse cada uno de los elementos del deber jurídico. Como solución general, la caracterización de todos los elementos del deber jurídico como condiciones objetivas de punibilidad. es insostenible.

Este breve panorama corrobora la caracterización provisoria que hemos formulado más arriba[262]: en los elementos del deber jurídico, se entrelazan elementos que sirven a la descripción, con otros que son determinantes de lo injusto; en una palabra: elementos típicos con circunstancias que tienen una función valoradora general y que sólo pertenecen, por tanto, a la antijuricidad. Esta

[2fl]o Conf, *sitpra,* ps. 29/56.

sei Conf., en particular, Bemmann, Zur Frage *der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit.*

»»2 Supra, ps. 131/133.

consecuencia no podría deducirse a partir del tipo de error de Welzel con una seguridad total; por cierto que también Welzel atribuye al tipo una función descriptiva, pero su concepto de tipo sólo contiene, sin embargo, y con prescindencia de los elementos del deber jurídico, una parte de las circunstancias determinantes de lo injusto. Por consiguiente. la caracterización de un elemento como determinante de lo injusto y descriptivo no puede determinar para Welzel, por sí sola, la pertenencia al tipo. Para nuestro tipo total, el doble carácter de las circunstancias abarcaduras de la antijuricidad está fuera de toda duda.

Lo que acabamos de afirmar y la circunstancia de que es imposible incluir los elementos del deber jurídico sólo en el tipo o sólo en la antijuricidad, conduce necesariamente a la conclusión de que la verdad está en el punto medio de ambas opiniones. Una solución sobre la base de la teoría de la culpabilidad dominante puede admitir, sin dificultad, la división de los elementos del deber jurídico de forma tal que la parte determinante de lo injusto se incluya entre los elementos del tipo, y el elemento que contiene la antijuricidad formal pasa a formar parte de la antijuricidad. Frente a la teoría de Welzel, el tipo de estos delitos resultará ampliado, y frente a la teoría dominante, limitado. Para la teoría del error esto significa que el error sobre un elemento del deber jurídico es un error de tipo en la medida en que la falsa representación se refiera al elemento descriptivo y determinante de lo injusto; al contrario, habrá un error de prohibición cuando el autor, con completo conocimiento de las circunstancias decisivas para lo injusto, yerra sobre la prohibición de la acción.

Un ejemplo muy significativo tomado de la jurisprudencia, podría ilustrar nuestra posición. El § 356 del Código Penal sanciona al abogado o al asistente judicial quo en la misma causa sirve a ambas partes, si lo hace en for-

ma contraría al deber. El concepto de "contrariedad" al deber es un elemento del deber jurídico característico, ent el sentido que nosotros le hemos dado: por una parte,; proporciona al autor el conocimiento directo del deber jurídico, y, por la otra, no agota su significación en la caracterización del deber jurídico, sino que aporta al tipo penal los elementos objetivos que fundamentan la contrariedad al deber, por lo que tiene también carácter des-; criptivo. Las circunstancias que de existir determinan la prohibición de prestar servicio a ambas partes, están contenidas en el § 37, I, n? 2, RAnwOBZ (o en otras regulaciones provinciales de la profesión de abogado). Según ellas, un asistente judicial obra en forma contraria al deber cuando sirve a ambas partes "en intereses contrapuestos". Este elemento del "interés contrapuesto" se convierte en elemento del tipo del § 356 del Código Penal mediante la expresión "contraria al deber". Contra esto no podría sostenerse que no es la "contrariedad al deber", sino el § 37, RAnwOBZ, el cual aporta algo a la descripción del hecho; pues de esa forma habría que negar carácter descriptivo del hecho a todas las circunstancias normativas, ya que ellas no proporcionan ninguna descripción independiente sino que remiten a otro lugar (leyes, derecho no escrito, moral popular, leyes morales, etc.) donde está contenida la caracterización objetiva.

Este doble carácter del elemento "contrariedad al deber" es especialmente importante para las cuestiones del error. Cuando un abogado yerra sobre la "contrariedad al deber" de sus servicios para ambas partes, este error puede tener distintos significados: puede dirigirse a circunstancias descriptivas del hecho, es decir, al elementó del "interés contrapuesto"; pero también puede referirse a-la antijuricidad de su hecho cuando, con conocimiento de todos los elementos descriptivos de él, e,l abogado cree que en el caso concreto está permitido servir a ambas par-

tes a pesar del interés contrapuesto de ellas. Conforme á íos principios desarrollados más arriba, en el primer caso tendremos un error de tipo, y en el segundo, un error de prohibición. El elemento de la "contrariedad al deber" pertenece, por consiguiente, —en tanto es expresión del "interés contrapuesto" (es decir, en la medida en que tiene carácter descriptivo del hecho)— al tipo, mientras que pertenecerá a la antijuricidäd en tanto sólo caracteriza el deber jurídico.

Afortunadamente, la Corte del Tribunal Federal *(ßundesgenchthof)* ha hecho suya esta solución (por lo menos en los resultados) en numerosas sentencias[263]. Muchas de sus formulaciones se hallan en la misma línea que la seguida por esta investigación. En este sentido, puede leerse en la primera sentencia dictada sobre esta cuestión[2M]: • "Según esto, un abogado —que conoce todos los elementos del tipo descritos en el § 356 del Código Penal— puede no ser conciente de la contrariedad al deber de. su acción, y según el caso, haber obrado con error de tipo o de prohibición. Si el abogado es conciente de que representa en la misma causa partes con intereses contrapuestos, realiza el tipo del § 356 del Código Penal.:. dolosamente si acepta, a pesar de ello, la representación de la contraparte. La suposición de que el hecho no sea contrario al deber (profesional) y, por tanto, esté permitido, se considera error de prohibición". Más tarde, dijo el Tribunal con idéntica orientación[205]: "Lai:contrariedad al deber en el tipo del prevaricato del abogado es, por lo demás, un elemento general del delito en la medida en que impone una limitación típica ... A este respecto, es preciso señalar que nada impide consi-

. 20" BGHSt, 3, 400/403; 4, 80/88; 5, 284/289; 5, 301/312; 7, 17/23;-7, 261/265.

*w BGHSt, 3. 402/403. "":"

2fl8 BGHSt, 4. 80, 86.

derar al error sobre la contrariedad al deber en parte como un error de tipo y en los casos restantes, desde el punto dé vista del error de prohibición"[26]*.

Estos principios deben regir también paira las démas circunstancias valorativas [2e6]\ Un error sobre ellas no siempre constituye un error dé tipo ni siempre un error de prohibición (como se acepta en general), sino qué puede ser lo uno o lo otro, según que se refiera a circunstancias determinantes de lo injusto o bien ä la añtijúricidad de la acción, cuando el autor tuvo un correcto conocimiento de aquellos elementos.

[2]«« Últimamente (conf. BGHSt, 5, 288) el BGH. ha modificado su terminología. El Tribunal separa la conciencia de la contrariedad al deber que se agota én la "intención de percibir intereses contrapuestos" y la conciencia de la antijuricidad independiente de ello. Está distinción no resulta precisamente afortunada, pues la conciencia de la oposición de intereses resulta enteramente idéntica a la conciencia de la contrariedad al deber. En los resultados, sin embargo, no hay modificación alguna.

Welzel *(L.B.,* ps. 428/429, 6» ed.) tampoco acepta error de prohi bición en todos los casos, como seria de esperar, sino que llega a los mismos resultados que nosotros, pero por un tercer camino. Según su opinión, lá "contrariedad al deber" representa una mera forma de subrayar lá antijuri cidad —superflua—, mientras que el elemento de la contraposición de ínter reses es componente del tipo, como ingrediente del concepto de "parte". Sólo en la medida en que hay intereses contrapuestos podría hablarse de "parte". Conforme a ello, el abogado, que no es eonciente de la oposición de intereses de sus mandantes, estaría en un error de tipo en lo que respecta al elemento "parte". Esta solución conduce también a resultados correctos. Sin embargo, parece artificial. En el mismo sentido, Busch, *Mezger-Festsch* rift,* ps. 172/173. ,." ..

aeea Un interesante e instructivo ejemplo sobre la aplicabilidad de los principios aquí desarrollados aparece ahora en la resolución del BGH' del 25/9/1956, referente al error sobre el concepto de "explotación" de un de- partamento, "JZ", 1957, ps. 129/130, con una nota coincidente de Welzel, ps. 130/133. Tanto Welzel como el BGH reconocen que la consideración de este elemento como un puro elemento del tipo penal excluye la posibilidad de un error de prohibición, conduciendo de esa manera la teoría de la culpabilidad *ad absurdum.* Contra esta sentencia, Lange, "JZ", 1957, ps. 233-239; desde su punto de vista —según el cual en el' ámbito de las contravenciones debe aplicarse la teoría del dolo—, esto es sólo consecuente y. no 'significa ninguna objeción con respecto a los criterios que aquí hemos. desarrollado para él derecho penal criminal.

Este resultado puede explicarse también de otra manera: a menudo se puede afirmar con respecto a los elementos del deber jurídico (con la excepción del § 356 del Código Penal) que las circunstancias fundamentadoras de Ir? injusto resultan tan numerosas que es prácticamente imposible expresarlas a todas en la norma. Las situaciones en las cuales un funcionario está autorizado a exigir el nombre de una persona o su declaración, así como las situaciones que autorizan a un funcionario a entrar en un domicilio, son incalculables. Por ello es que el legislador se ha visto obligado a recurrir en la descripción del hecho a elementos como "legitimidad del ejercicio del cargo" o "competencia", que actúan resumiendo y "empaquetando" una cantidad de situaciones imposible de predecir. jPefó, con *este* procedimiento no se modifica para nada el objetó; El error sobre un elemento de la descripción típica seguirá siendo un error de tipo (en contra, Weízel), así como el error sobre la antijuricidad de un hecho, conocido en sus presupuestos, será siempre un error de prohibición. En la mayoría de los casos no resulta dificultoso separar la antijuricidad de las circunstancias que la fundamentan, puesto que los presupuestos, bajo los cuales un funcionario puede entrar, en un domicilio o exigir una declaración, se hallan jurídicamente reglados: p. ej., en la Ordenanza'procesal penal, en las leyes de policía, en ordenanzas o normas del derecho administrativo.

Esta solución debería aceptarla también el propio Weí-zel, dado que él lo hace, en parte, aunque inconcientemente.

El legislador no tiene ninguna otra posibilidad en un nróirsero significativo de casos que la de recurrir para las circunstancias fundamentadoras de lo injusto a elementos del deber jurídico: es decir, utilizar leyes penales en blanco. Las leyes penales en blanco remiten, lo mismo que los elementos abarcadores de la antijuricidad, a todas aque-

Has disposiciones en que se describen los presupuestos bajo los cuales un funcionario está obligado a actuar. Por este motivo, el § 113 del Código Penal, por ej., podría leerse de la siguiente manera: "Quien resista a un funcionario en el ejercicio de su cargo... si se dan los presupuestos de la intervención de éste reglados en las leyes generales y en las ordenanzas administrativas, será sancionado, etc.". Este texto no presenta ninguna diferencia objetiva con respecto a la redacción actual. Pero como Welzel[20T], siguiendo a Warda[268], diferencia en el error sobre una ley penal en blanco, de modo acertado, entre la falta de conocimiento de una cucunstancia de hecho de la norma cuyo tipo se realiza (= error de tipo) y el mero error sobre la prohibición (= error de prohibición), es evidente que tendría también que diferenciar de igual manera en el caso del § 113 del Código Penal entre el error sobre los presupuestos de lo injusto y el puro error de prohibición, en que el autor ha obrado con conocimiento de los elementos fundamen-tadores de lo injusto.

Dado que en el § 113 del Código Penal (y también en otros casos) el objeto de la prohibición podría caracterizarse mediante elementos negativos excluyentes de lo injusto y no sólo por medio de elementos positivos funda-mentadores de lo injusto, de aceptar este resultado, Wel-' zel entraría en contradicción con su propio tratamiento de las causas de justificación[268], que de todos modos se contradice con otros principios dogmáticos por él propuestos [27°]. Para nosotros, todo esto constituye una prueba más de que para el juzgamiento del error no existe una diferencia sustancial si el autor supone la no existencia de

267 "MDR", 1952, p. 586; *L.B.*, p. 149 (6).

268 "JR", 1950, ps. 546-551; ahora también: *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen,* 1955.

269 *Súpfa,* ps. 165/168.

270 *Supra,* ps. 139/155.

circunstancias fundairíentadoras de lo injusto, o si, al contrario, cree en la existencia de circunstancias que excluyen lo injusto.

La solución explicada tiene las siguientes repercusiones en el tratamiento dé cada uno de los elementos del deber-jurídico:

aa) La legitimidad del ejercicio del cargo.

Si alguien resiste el embargo realizado conforme a derecho por un funcionario judicial ejecutor, creyendo erróneamente que se trata del propio juez que por su cuenta quiere llevar a cabo el embargo, obra en error de tipo. Por cierto que es reconocido que no es admisible el embargo judicial en las cosas muebles[271]. El hecho de que el embargo debe tener lugar por la acción de un funcionario ejecutor del tribunal, es, por consiguiente, una circunstancia fundamentadora de lo injusto y el error sobre ella excluye el dolo. La cuestión no es distinta en el caso de quien resiste una detención policial, en la creencia de que se dan circunstancias que en caso de concurrir, sólo realizarían el tipo de una contravención, puesto que según el § 17, PVG, la detención sólo corresponde en el caso de crímenes y delitos, pero no en las contravenciones. También aquel que se resiste a una orden oficial porque la ha entendido falsamente, atribuyéndole un sentido que si fuera real haría admisible la resistencia, actúa en error de tipo. Otra posición no podría justificarse, no sólo dogmáticamente, sino tampoco a la luz de principios político-criminales [2T2],

La cuestión es diferente en aquellos casos en los cuales la resistencia tiene lugar con claro conocimiento de la situación, pero en virtud de consideraciones jurídicas

[2"] Conf. Schönke, 8» *ed.*, § 113, V, 1, p. 108; Frank, §113, DI, L [2"] Conf. *injra,* ps. 221/224.

erróneas sobre la adecuación al derecho de la acción. Por ejemplo, en el caso de quien siendo sospechoso de la realización de una acción punible se niega a acreditar su personalidad, porque se siente inocente. En este supuesto el autor yerra solamente sobre la antijuricidad de su acción: él se cree autorizado, como inocente, aunque sospechoso, a resistir una actuación policial. Lo mismo rige para quien resiste con violencia el embargo de cosas inembargables, aunque el ejecutor del Tribunal haya obrado dentro del ámbito de su arbitrio y, por tanto, conforme a derecho en el sentido del § 113 del C. Penal, á pesar de la ilicitud objetiva de la medida que lo dispuso.

El error sobre el deber proveniente de una valoración jurídica falsa del hecho total no puede, en este caso, excluir el dolo.

Estos ejemplos muestran la desventaja que determinaría para la teoría de la acción finalista tratar la "ilicitud del ejercicio del cargo" sin limitación alguna como elemento del tipo. La conciencia de la antijuricidad sería prácticamente un componente más del tipo subjetivo[273]. Nuestra solución no conduce, por supuesto, a tales resultados, sin necesidad de asumir las desventajas que se generan tratando a este elemento como un puro momento de la antijuricidad[274,27D].

De todos modos, podría dudarse sobre la conveniencia práctica de aplicar esta solución en el caso del § 113 del Código Penal. El único fundamento por el cual el

[2TM] *Stipra*, ps. 158/159, 162, 211.

[274] *Supro*, ps. 139/155, 212.

[275] Como aquí también Lange (en: Kohlrausch-Lange, 1956, § 113, VI, p. 287): "correctamente debe distinguirse: si el autor supone circunstancias de hecho que de existir determinarían lo injusto de su acción en la función pública, se daría una defensa necesaria putativa excluyente del dolo. Por ejemplo, en Berlín occidental cree que un funcionario es un policía de trasporte de la zona soviética. En otro supuesto habría error de prohibición, dado que objetivamente se trata de la suposición jurídicamente incorrecta de una permisión (defensa necesaria, autoayuda)".

Tribunal del Imperio y la Corte del Tribunal Federal con sideraron "la ilicitud del ejercicio del cargo" como una condición objetiva de punibilidad, ha sido la necesidad de proteger suficientemente al funcionario ejecutor[27]'.

Ya hemos demostrado que esta construcción es insostenible por razones dogmáticas[277]. Pero tampoco los argumentos de política jurídica —por lo menos, desde el punto de vista de la posición aquí representada— constituyen una justificación suficiente. Ya se ha demostrado que el error sobre la legitimidad del ejercicio del cargo, constituye en muchos casos un error de prohibición que no excluye la punibilidad. Si lo que se quiere es limitar, en interés de la protección del funcionario, las posibilidades de un error de tipo, sólo se dispondrá del camino trazado desde hace mucho por la jurisprudencia[278], que consiste en ampliar el deber del particular de soportar el comportamiento antijurídico de los funcionarios. Exigiendo tolerar actos administrativos objetivamente defectuosos e injustificados, el funcionario obrará "en legítimo ejercicio de su cargo" en el sentido del § 113 y el error del particular sobre la autorización a resistirse será un puro error sobre el deber. De esta manera, la lesión de prescripciones formales no esenciales o el error "fáctico" relativo a acciones discrecionales, por ejemplo, no afectan, según la jurisprudencia, la legitimidad del ejercicio del cargo. Si alguien cree que esos defectos o errores lo autorizarían a resistir, se hallaría en error de prohibición, teniendo el conocimiento total de las circunstancias decisivas que fundamentan la antijuricidad de su acción. De esta forma, la protección del funcionario mediante la necesaria punibili-

[276] Poco convincente resulta la invocación de argumentos históricos (RGSt, 2, 423/425; 3, 19/20).

2" Ver ps. 212/213. 2« Especialmente' claro RGSt, 55, 164; BGHSt, *4,* 162.

dad de quien se resiste quedaría asegurada en la mayoría de los casos.

El funcionario sólo se hallaría, según nuestra concepción, "desprotegido" nó ya cuando quien se resiste ha supuesto alguna circunstancia que tornaría "incorrecta" la acción del funcionario, sino cuando el particular ha creído erróneamente en la existencia de circunstancias que de existir dejarían sin efecto su deber de tolerar el comportamiento del funcionario. En estos supuestos, sin embargo, no parece todavía necesario recurrir a las condiciones objetivas de punibilidad:

En primer lugar, porque a pesar de la no punibilidad ■del particular, existe de todos modos cierta protección del funcionario, por medio de la responsabilidad civil del autor. Ya la idea de que bajo ciertas circunstancias habrá que responder con una alta indemnización, servirá para disuadir de una resistencia precipitada.

En segundo lugar, conforme a la jurisprudencia actual, el derecho penal tampoco brinda una protección *completa* del funcionario. Existe acuerdo en que no puede aceptarse la existencia de una acción dolosa cuando el autor en el caso del § 113 del Código Penal no ha reparado que resiste contra un funcionario. Por tanto, cuando alguien cree erróneamente que el funcionario se halla fuera de servicio o que se trata de un ladrón disfrazado, según la opinión mayoritaria tampoco se dará la punibilidad. ¿Por qué motivo esto no sería así en los demás casos de circunstancias que fundamentan el deber de tolerar la acción de un funcionario?

En tercer lugar, los errores de tipo posible que recaigan sobre la "legitimidad del ejercicio del cargo" son prácticamente, según nuestra concepción, tan raros, que no existe peligro alguno a tener en cuenta. Los casos en que la jurisprudencia ha decidido que este elemento debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad»

muestran que se trata de situaciones en las cuales, desde nuestro punto de vista, existe solamente un error de prohibición que no impide la aplicación de la pena correspondiente al delito doloso[278]. De estas sentencias se desprende que en los supuestos de hecho juzgados, los autores han tenido un conocimiento correcto de la situación y solamente han errado sobre su deber de tolerar la acción del funcionario.

El peligro de un error sobre los presupuestos objetivos del deber de tolerar, que de todas maneras es muy pequeño, aun podría ser evitado si todo funcionario —tal como es deseable desde el punto de vista de la idea del Estado de derecho— explicara al particular el fundamento de su acción. De esta manera, la posibilidad de errores relativos a la situación de la cual surge la autorización para intervenir, quedaría prácticamente excluido.

Aceptando la solución que hemos desarrollado para los elementos del deber jurídico también en el caso del § 113 del Código Penal, no surgirán dificultades, en la medida en que no existe un fundamento político-criminal que exija recurrir a la equivocada construcción de la condición objetiva de punibilidad.

bb) El deber de evitar el resultado, o deber de actuar en los delitos de omisión.

De la misma manera debe procederse con los elementos del deber de evitar el resultado en los delitos impropios de omisión.

Este elemento pertenece al tipo, en tanto se refiere a circunstancias fundamentadoras del deber; pero, cuando sólo caracteriza la antijuricidad será un elemento general del delito al cual no necesita extenderse el dolo del autor.

[279] Conf. RGSt, 3, 14/21; 47, 270/280; 55, 162/186; BGHSt, 4, 161/166.

Para calificar un hecho doloso no será suficiente, en consecuencia, que el omitente no haya impedido la producción del resultado en forma voluntaria y a sabiendas. Tendrá también que haber conocido la existencia de las circunstancias fundamehtadoras del deber jurídico, es decir, tener conciencia de su posición como encargado de la guarda de otra persona, como sujeto a_ una relación de •confianza, como autor de un hecho previo, etc. Un error sobre estos elementos —por ejemplo, el padre no se da •cuenta de que el niño que se ahoga, y a quien él no salva, •es su hijo— será un error de tipo. Esto rige también para los "errores de derecho", por ejemplo, en el caso en que alguien considera erróneamente que el contrato que fundamentaría su posición de garante carece de eficacia.

Distinta es la cuestión cuando el error sobre el deber de evitar el resultado no es consecuencia de una apreciación incorrecta de las circunstancias fundamehtadoras de lo injusto, sino de una falsa valoración total del hecho, como, por ejemplo, cuando alguien sabe que ha,encerrado a otro (no culpablemente), pero cree no estar obligado a ponerlo en libertad. Aquí existe'únicamente un desconocimiento del deber jurídico y, por tanto, un error de prohibición. Por ello no resulta correcto cuando el BGH y la doctrina todavía dominante[280] incorporan al tipo penal, sin ninguna clase de limitaciones, el deber de evitar el resultado. Sólo las circunstancias fundamentadoras del deber pertenecen al tipo, pero no el deber jurídico mismo. Sería saludable que el BGH se adhiriera a esta posición *-como en los últimos tiempos pareciera hacerlo—.

La solución propuesta es ventajosa no sólo con relación a la teoría dominante, sino también respecto de la concepción de Welzel. De todos modos es llamativo que Welzel, en este punto, se haya separado desde el principio

M° Conf. *supra,* ps. 52/54.

de la línea seguida con referencia a otros elementos del deber jurídico. Mientras que" para él carece de importancia, en general, la cuestión de si el error recae sobre un elemento del deber jurídico o sobre un fundamento de la valoración, en los delitos de omisión ha llevado a cabo desde el principio una separación del deber y de las circunstancias que lo fundamentan[281]. En la misma medida en que esto es acertado desde el punto de vista del tipo total, resulta poco consecuente con el tratamiento que se le da a otros elementos del deber jurídico. El conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del deber jurídico será siempre necesario o no lo será nunca. Y por otra parte, si en este ámbito se lleva a cabo esta distinción, ¿por qué no hacerlo en otros?

De todos modos, nuestra solución coincide con la de Welzel en lo que respecta a los delitos impropios de omisión. Luego nuestros caminos se separan. Mientras nosotros tratamos las circunstancias fundamentadoras de la posición de garante como elementos comunes del tipo, Welzel[282] las ha considerado, primeramente, como presupuestos del surgimiento del deber, y en consecuencia como pertenecientes a la antijuricidad, pero últimamente —como lo hacemos nosotros— las incluye en el tipo penal, pero sin dispensarles el tratamiento que le corresponde a los elementos del tipo, sino asignándoles una posición especial:

En primer lugar, según la opinión de Welzel, no necesitan ser alcanzadas por el dolo, sino solamente por el conocimiento del autor. Esta afirmación es acertada si el concepto de dolo se limitara —como lo hace Welzel— a la conciencia actual en el momento del hecho: el bañero, que deja ahogar a su enemigo en la piscina, no necesita habei pensado en su condición de bañero; es suficiente con que lo "sepa". Sin embargo, no existe ninguna razón

[281] Conf. *supra,* ps. 15/17, 50.
[282] Conf. *supra,* ps. 15/18.

para no incluir este "saber" entre los componentes del dolo. La afirmación de que el autor debe actuar siempre con una conciencia actual, en el momento del hecho, de todas las circunstancias fundamentadoras de lo injusto, es un dogma que no puede probarse. Aquí se hacen necesarias difíciles distinciones que necesitarían de una monografía especial[283].

En segundo lugar, Welzel deduce, sin embargo, de su distinción entre "dolo" y "conocimiento", también consecuencias objetivas. Mientras en los casos en que falta el dolo puede resultar, bajo ciertas circunstancias, la punibilidad por un hecho culposo, la punibilidad será totalmente imposible en los delitos impropios de omisión, cuando falte tal conocimiento[284]. Por tanto, cuando el padre omite salvar a su hijo de la ola que lo arrastra, sin reparar —en forma gravemente negligente— que se trata de su niño, no habrá posibilidad de aplicarle la pena del homicidio culposo, sino solamente la del § 330c[285]. Esto es poco convincente [280]. ¿Por qué razón quien no piensa en su paternidad puede ser sancionado por homicidio doloso, y quien no repara en que se trata de su hijo, ni siquiera puede ser sancionado por el hecho culposo? El propio Welzel[285] opina que carece de sentido afirmar la existencia de una norma que obligue a prestar atención al peligro corrido por el propio hijo.

La posición traída ahora a colación resulta satisfactoria sólo en tanto los propuestos exteriores de la posición de garante deben tratarse como auténticos elementos del tipo. La falta de conocimiento de estos elementos excluye el dolo, pero deja siempre abierta la posibilidad de aplicar la pena por el hecho culposo.

283 **Conf. *supra*, ps. 196/200.**
284 Conf. ***L.B.*, p. 67 (6).**
285 **Conf. *L.S.*, p. 184 (6).**
«o Convincentemente **Gallas, "ZStW", 67, 1955, ps. 26-27.**

La solución de Welzel, al contrario, resulta convincente en los delitos propios.de omisión por los resultados a los que conduce. Para el dolo es suficiente con el conocimiento de la situación fundamentadora del deber. Un error sobre el deber de acción que surge de ella, es un error de prohibición (o, mejor dicho, en este caso, un error sobre el mandato). Aparentemente, el BGH seguiría ahora esta posición.

En cambio, el punto de vista de Maurach, según el cual la punibilidad del delito propio de omisión no sería posible en el caso de puro error sobre el deber de prestar ayuda, de denunciar un delito, etc., no es sostenible ni desde el punto de vista nuestro, ni desde el punto de vista de la teoría de la culpabilidad seguida por Maurach.

ce) La autorización.

Nuestra solución es sencilla. El error sobre la autorización será un error de tipo en la medida en que recaiga sobre circunstancias que de existir determinarían la autorización de la acción: es el caso de quien cree, por ejemplo, en la existencia de un consentimiento que excluye lo injusto o de un permiso. Pero si el autor conoce la situación, y a pesar de eso se cree autorizado a realizar una acción prohibida, habrá obrado con error de prohibición. Esto tiene que regir también para los casos en que Welzel —§ 132, 132a, 107a— ha considerado en los últimos tiempos que la palabra "sin-autorización", debe incluirse sin reserva en el tipo como un elemento negativo del autor, yendo de esta manera, según mi parecer, demasiado lejos. El particular que con conocimiento total de la situación se arroga las facultades de un cargo público sin fundamentos, obra con error sobre la prohibición. La solución contraria no es compatible con la teoría de la culpabilidad.

dd) La "competencia".

Con respecto al concepto de "competencia" debe efectuarse también la diferenciación correspondiente. En el caso de quien jura falsamente creyendo que el funcionario que recibe su juramento es un fiscal[287], no habrá dolo. Aquí, el autor ha querido algo que —considerado objetivamente— no está prohibido. Los fiscales carecen de facultades para recibir juramento[288]; si ellos lo hacen antijurídicamente el legislador carece de interés en la puni-bilidad de tales "juramentos" falsos. Distinta es la cuestión cuando el testigo sabe que se halla ante el tribunal y deduce falsamente de las normas que reglan la competencia judicial que estaría autorizado a no decir la verdad. *Este* error sobre la competencia es un error de prohibición puro, puesto que el autor con total conocimiento de los elementos constitutivos de lo injusto, se equivoca solamente sobre la antijuricidad de su acción [288a].

La solución coincide en los resultados y en parte con la fundamentación del punto de vista de H. von Weber[289]. Su diferenciación entre error de derecho y error fáctico[290] y el resucitar la teoría de los conceptos complejos resulta, naturalmente, algo confuso[291].

La concepción que aquí se desarrolla no pone en peligro la administración de justicia. Aquí rige *mutatis mu-tandis* lo mismo que en el caso del § 113 del Código Pe-

[2]« Conf. respecto de este caso von Weber, "GA", 1953, p. 166.

[288] Henkel, *Strafverfahrensrecht,* p. 286.

288a Un fallo recientemente publicado del BGH (BGHSt, 10, 8-15) llega a una solución cercana á la que proponemos, á pesar de que quiere evitar separarse de lo resuelto en BGHSt, 3, 248 y ss. Dice el tribunal: La suposición de quien presta declaración bajo juramento en un proceso criminal, de que el juez no estaría autorizado a su defensa, puede ser un error de tipo o de prohibición según el contenido de su representación de la posición que ocupa en el proceso".

[280] Conf., al respecto, *supra,* ps. 41/42.

200 Que también ha utilizado el BGHSt, I, 1¿.

[M] i Conf. *infra,* ps. 236/242.

nal[292]. Los errores sobré la "competencia" que se refieren a las circunstancias fundamentadoras de lo injusto son prácticamente muy raros (en los delitos de falso juramento se reducen en lo esencial a casos en que se confunde a la autoridad) y pueden dejarse totalmente de lado, considerando suficiente la competencia "abstracta". Además, conforme a la teoría dominante y la jurisprudencia, según la cual se trata aquí de un elemento puro del tipo penal, el dolo tendría que desaparecer ya en el supuesto de un error sobre la competencia proveniente de la negligencia del autor, aunque el autor haya supuesto la incompetencia por mero desconocimiento del derecho. Esta solución resulta poco satisfactoria desde el punto de vista político-criminal.

Sobre los problemas de tentativa, que también tienen importancia en el caso de suposición errónea de la competencia en el § 154 del Código Penal, volveremos más adelante[293].

ée) La "validez jurídica'.

En este punto la solución de Welzel es totalmente correcta. Quien instiga públicamente a la resistencia contra una ley o una reglamentación, suponiendo erróneamente que carece de validez jurídica, obra siempre con error de prohibición; si fuera de otra manera, la conciencia de la antijuricidad de la propia acción debería incluirse entre los elementos del dolo, lo que no resulta compatible con la teoría de la culpabilidad. Un error sobre circunstancias descriptivas del tipo que resulten separables de la prohibición de la desobediencia a la cual se instiga, no es factible con respecto al elemento "validez jurídica".

2»2 *Supra,* ps. 221/224. 2»3 Conf. ps. 250/262.

ff) Otros ejemplos.

De la misma manera debe procederse en otros casos que no han sido expuestos por Welzel, pero que desde nuestro puntó de vista contienen elementos que'pertenecen a las circunstancias abarcadoras de la antijurícidad [29]\

Si en el caso del § 292 del Código Penal ("quién persigue una pieza de caza lesionando un derecho de caza ajeno", etc.) él autor yerra sobre el elemento lesióní del derecho de caza, pues se cree en posesión de una autorización para su acción, tal error será un error de tipo;' dis<-ünto sería si cree que no hay tal lesión del derecho de caza ajeno, porque está autorizado a perseguir eri un coto ajeno piezas de caza que han sido alcanzadas por su disparo dentro de su propio terreno.

En forma similar es posible también diferenciar en aquellos elementos subjetivos del tipo qué requieren la intención del autor de apropiarse antijurídicamente, o dé enriquecerse antijurídicamente, etc. (§ 242, 253, 263)[2<w]. Faltará el dolo, por ejemplo, si alguien se ha apoderado de una cosa ajena con intención de hacerlo antijurídicamente, pues cree disponer de una facultad contractual a que se le trasfiera la cosa, ya sea que el error recaiga sobre consideraciones "fácticas" o "jurídicas"[200]. Según la jurisprudencia y la doctrina dominante, la existencia de un derecho a que se le trasfiera la cosa excluye la antijuríci-dad[207], de tal manera que este error debe" tratarse como el error que recae sobre otros elementos de la justificación. Al contrario, habrá error de prohibición si el autor obra sin intención de apropiarse antijurídicamente porque cree

[204] Ver *supra*, ps. 137/138. [29B]
Conf. *supra*, ps. 136/137.
[296] En el mismo sentido con respecto al § 253, el BGHSt, 4, IOS. [29T] Conf. "RGSt", 64, 212, y L.K., 8» ed., nota previa D VIII, 5 242, p. 327.

que le está permitido autosatisfacerse en su pretensión jurídica de obtener una indemnización sustrayendo la cosa al responsable del daño[298].

Welzel vería en ambos ejemplos casos de error de prohibición, pues para él la "antijuricidad" de la apropiación, etc., no es un elemento del tipo[299]. Esto no coincide, sin embargo, con la aceptación en los casos de los § 253 y 263 del Código Penal de un error de tipo que excluye el dolo, cuando el autor quiere imponer mediante amenaza o engaño una pretensión jurídica que erróneamente supone tener. Según la opinión de Welzel, se trata aquí de error sobre el elemento típico de la "lesión patrimonial". porque la imposición de su exigencia no causa dañó al deudor[300]. Este punto de vista es correcto en sus resultados —si se parte de un concepto económico de patrimonio—pero resulta dudoso en su fundamentación[301], y además, sobre todo, inconsecuente también frente al tratamiento dado a errores similares en los casos del § 242. De esta manera se muestra que la solución que aquí proponemos conduce a resultados objetivamente correctos.

Por último, también es posible diferenciar en el caso de un error sobre la existencia de un derecho en materia dé impuestos, si el autor yerra sobre una circunstancia íúndamentadora de lo injusto (por ej., la magnitud de su patrimonio), su error será de tipo; pero si con conocimiento total de los presupuestos que fundamentan su deber de pagar impuestos, cree que no debe pagarlos (o que por lo menos no debe pagar tanto), tal error debe tratarse como

[29S] Conf. sobre todo esto el muy instructivo artículo de Sehröder, *Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht,* en "DRiZ", 1956, ps. 69-72, cuyos resultados son totalmente compartidos. [289] Conf. *supra,* ps. 136/137.

30« Conf. L.B., ps. 305, 309 (6); "N-JW", 1953, ps. 652/653, y *supra,* p-, '35.

'..' ?[oi]. Al contrario, y' probablemente en forma acertada, Schröder, en DRiZ", 1956, p. 71.

error de prohibición. La posición de Welzel, según la cual se trata de un error de tipo sin reserva alguna-[302], no es, por tanto, correcta ni consecuente[803].

Estos ejemplos son suficientes. De ninguna manera agotan los casos posibles, pues aquí no se trata de presentar todos los ejemplos sino de explicitar un principio que se aplica en múltiples casos con relación a algunos supuestos. No se puede negar, tampoco, que en el caso concreto la distinción entre componentes determinantes de lo injusto y aquellos que sólo caracterizan lo injusto puede originar en ocasiones dificultades. Un caso límite está constituido, por ejemplo, por el elemento de la "ajenidad". De un concepto de ajenidad correctamente entendido surge (también en la esfera del lego) que no se permite sin más ni más lesionar (§ 303) o apropiarse (§ 242) de cosas ajenas. Por este motivo, puede sentirse la inclinación de considerar un error de prohibición el apropiarse o dañar una cosa ajena suponiendo falsamente ser el propietario de ella. Sin embargo, esto sería incorrecto. Mientras en el elemento de la "legitimidad" del ejercicio del cargo y de la "competencia", *si* se separa la persona autorizada para entrar en un domicilio y la situación autorizante, tales conceptos no tendrían otro contenido que el de la caracterización del deber, en el caso de la "ajenidad" tal distinción resulta imposible. Si las circunstancias fácticas y jurídicas que fundamentan la propiedad de otro se separaran, la "ajenidad" —al contrario de lo que ocurre en los casos tratados más arriba— no describiría en manera alguna sólo la obligación de un tercero de no apropiarse o no dañar sino, en general, el poder de dominio del propietario que no se agota en el derecho

302 "NJW", 1953, ps. 486/488.

303 En contra de Welzel también Warda, *Die Abgrenzung von Ta£ bestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen,* 1955, p. 46, y Lange, "JZ", 1956, p. 79, nota 62.

■dé defensa frente a terceros, pero que tampoco puede separarse de .él. Por tanto, un error sobre la "ajenidad" implica —a diferencia de lo que ocurre en otros elementos del deber jurídico en nuestro sentido— en todos los casos, además de un error sobre la autorización, también un error sobre la descripción del hecho. En estos casos, habrá un error de tipo, cualquiera que sea la razón de él (§ 303a). Es preciso tener en cuenta que en tales supuestos la aplicación de las reglas sobre el error de prohibición resulta algo limitada.

Las dificultades propias de cada caso individual no quitan al criterio de delimitación que hemos desarrollado su calidad de enteramente practicable ni modifican el her cho de que esta solución resulte la más sencilla y clara, ya que lleva a cabo la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición de una manera común en todas las prescripciones penales, independientemente de la redacción estilística de los parágrafos de la ley penal.

Repetidamente hemos señalado las diferencias de nuestra teoría con las otras. Nuestro punto de vista coincide con la posición dominante en tanto el error sobre los elementos del deber jurídico se apoya en la suposición errónea de circunstancias excluyentes de lo injusto. En los demás casos —si se prescinde de coincidencias en algunos casos particulares—, sólo H. von Weber[30]* sigue una solución que coincide en los resultados con la nuestra. Con respecto a los elementos del deber jurídico dice von Weber[305]: "llego a los mismos resultados que Welzel en los casos en que el autor yerra sobre los elementos (por ejemplo, legitimidad del ejercicio del cargo, competencia de la autoridad) porque ha valorado de manera jurídicamente

sos» Conf. sobre todo esto el análisis coincidente de Welzel respecto do los conceptos de "ajenidad" y "competencia", "JZ", 1953, ps. 120/121.
.... 3M "GA", 1953, ps. 161/166: *Gutachten*, ps. 120/121.
sos Gutachten, p. 280.

incorrecta la situación que le es conocida. Al contrario, me diferencio de él cuando se trata de la suposición errónea de una situación que en una valoración jurídicamente co-recta se hubiera podido subsumir bajo el elemento...". Esto se corresponde en lo esencial con lo sostenido en nuestra solución. Sin embargo, von Weber no fundamenta su punto de vista de la misma manera que nosotros, sino en virtud de consideraciones sobre el error de subsunción y con la teoría de los llamados conceptos complejos, mientras, según nuestra opinión, estas cuestiones no son decir sivas para el problema de los elementos del deber jurídico[806].

¡ También se percibe cierta cercanía con nuestro puntó dé vista en las acotaciones de Mezger[307]: "El requisito del conocimiento de las circunstancias de hecho fundamentadoras de la punibilidad, se refiere, sin excepciones, a todas las circunstancias de hecho. Esto rige también para los llamados elementos del deber jurídico... Es seguro. que un error sobre los fundamentos objetivos de estos elementos cae bajo las prescripciones del § 59, I. Sobre este punto no cabe discusión. Al contrario, es dudoso etí qué medida, según el § 59, I, el autor puede invocar una valoración jurídica errónea, por ejemplo, que él ha creído, a pesar del conocimiento correcto de la situación fáctica, que el ejercicio del cargo por parte de la autoridad no era «adecuado a derecho», etc. En este caso, tenemos, por una parte, el principio de que el § 59, I, exige también el conocimiento de la significación, y, por otra parte, el principio de que el error de subsunción deja el dolo intacto

Por tanto, hay un punto en el cual nuestra coincidencia con Mezger es total: todas las circunstancias de hecho determinantes de lo injusto pertenecen al tipo penal. Lo

so« *Infra*, ps. 236/242.
»»' L.K., 8» ed., § 59, nota 10, ps. 483/484.

que Mezger afirma sobre los "fundamentos fácticos" de los elementos del deber jurídico merece aprobación. Sus dudas de si el autor podrá invocar una valoración jurídica errónea de estos elementos, son, sin embargo, infundadas. Por cierto, resulta correcto que el § 59, I, requiere conocimiento de la significación, también en los elementos de naturaleza jurídica. Este principio, sin embargo, no rige allí donde el "conocimiento de la significación" por regla es inseparable de la antijuricidad formal del hecho. Mez-ger mismo ha visto esto de la manera más clara cuando, en otro lugar, delimita la valoración jurídica exigida de la valoración de "lo injusto del hecho" de forma tal que "por una parte se trata de la valoración de un elemento particular del tipo y por otra, de la valoración del hecho total"[308]. Si Mezger siguiera el punto de vista de que los elementos que abarcan la antijuricidad no sólo contienen una valoración individual, sino del hecho total, coincidiría seguramente con los resultados que nosotros hemos alcanzado.

b) Críticas.

aa) Error de hecho y de derecho.

Una primera crítica contra nuestra solución podría afirmar que ella no es otra cosa que haber resucitado la vieja distinción entre error de hecho y de derecho, que está largamente superada y que se ha mostrado como imposible de sostener. En ello hay una pizca de verdad, en la medida en que según nuestra posición, el error de prohibición será siempre un puro error de derecho y en ningún caso un error de hecho. En lo demás la crítica no puede aceptarse. Desde nuestro punto de vista el tipo penal no se compone únicamente de elementos fácticos. Al contrario, a

sos "NJW", 1953, p. 5.

él pertenecen también los elementos normativos[809], inclusive los de naturaleza puramente jurídica [S1o], en la medida en **que** la valoración que requiere su conocimiento sea separable de la valoración total del hecho y no se agote en ella. Sin embargo, esta última limitación nada tiene que ver con la distinción entre error de hecho y de derecho: en algún punto, el error sobre la valoración jurídica se diferencia de todos los demás errores, según lo postula esencialmente la teoría de la culpabilidad. Por cierto que una teoría del dolo, que estime la conciencia de la antijuricidad formal como presupuesto de la acción dolosa, no puede superar totalmente esta distinción: tal teoría no podría considerar como suficiente para la realización dolosa de los elementos normativos, la "valoración paralela en la esfera del lego", sino que debería exigir una exacta subsunción jurídica. Si no lo hace así, estará confesando que hay ciertos errores de derecho que merecen un tratamiento especial[311].

De todo esto se deduce que un resurgimiento de la distinción entre error de tipo y error de derecho debe excluirse ya en el momento en que el error sobre la valoración jurídica del hecho total queda reducido a la esfera del error de prohibición. Tal crítica sería correcta si toda valoración jurídicamente falsa fuera sustraída del ámbito del error de tipo. Pero, esto no ocurre en la posición que nosotros proponemos.

bb) La teoría de los conceptos complejos.

Una mayor justificación tendría la crítica que nuestra solución encontraría en la teoría de los conceptos complejos. Según ella, tal como fue sostenida por Frank[312], Mer-

309 Conf. *supra,* p. 121.
«o *Supra,* ps. 121/122.
3« Conf. *supra,* p. 185.
812 i8» ed., § 59, II, últinio capítulo, ps. 183 y s.

kel[313] y v. Hippel[314], en muchas circunstancias de hecho no debe exigirse el conocimiento del concepto jurídico mismo, sino que será suficiente para el dolo que el autor se represente los elementos constitutivos del concepto jurídico. Cuando v. Hippel dice que el legislador a menudo resume en un concepto sólo "una serie de momentos fác-ticos y en lo posible también jurídicos, cuya realización es punible"[31S], y que el dolo se daría ya con el conocimiento de los elementos subyacentes, se acerca notablemente a uno de los argumentos que nosotros hemos traído a colación para el tratamiento de los elementos del deber jurídico [316].

Sin embargo, la solución propuesta no implica la aceptación de esta teoría, pues la nuestra no está expuesta a la crítica fundada de los conceptos complejos.

Esta teoría no puede imponerse, en primera línea, "porque no logra proporcionar los criterios a partir de los cuales puedan reconocerse los conceptos complejos"[5]". Esto es: no se pueden obtener criterios firmes que determinen cuándo puede saberse que se está ante un concepto jurídico y cuándo ante un elemento que fundamenta el concepto.

El reproche es justificado frente a la utilización hecha hasta ahora de esta teoría. Esa crítica no nos alcanza. Nosotros no aceptamos arbitrariamente conceptos comple-jos"[317]. Esto es: no se pueden obtener criterios firmes que determinen cuándo puede saberse que se está ante un concepto jurídico y cuándo ante un elemento que fundamenta el concepto.

313 "jw", 1925, p. 897.

314 Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum. *Vergl. Dartt.*, Parte general, III, ps. 561/562; *Straf.*, H ,p. 332.

3« *Vergl. Darst.*, p. 562.

si« *Supra*, p. 218.

a« Von Weber, "GA"; 1953, p. 162.

El reproche es justificado frente a la utilización hecha hasta ahora de esta teoría. Esta crítica no nos alcanza. Nosotros no aceptamos arbitrariamente conceptos complejos aquí o allí. Desde nuestro punto de vista la desarticulación interna del concepto no tiene lugar en todos los elementos, ni siquiera en todos los normativos ni en los normativo-jurídicos, sino exclusivamente en los conceptos relativamente bien delimitados que componen el grupo de los conceptos abarcadores de la antijuricidad. La separación de concepto jurídico y las circunstancias que lo constituyen, se limitan, por tanto, a un grupo claramente visible de elementos que se destaca, precisamente, de las •circunstancias de hecho[818]. Por oposición a von Hippel[319], nosotros rechazamos la idea del concepto complejo en el caso de las circunstancias de hecho, como, por ejemplo, "documento" y "impudicia", y exigimos conforme a la teoría hoy dominante una "valoración paralela en la esfera del lego".

Por estos motivos tampoco nos alcanza la justificada crítica de Engisch[320]; según él, cuando alguien conoce sólo los elementos constitutivos de un concepto, tendría en sus manos, probablemente, las partes de éste, pero carecería a menudo del "nexo espiritual" *(geistiges Band).* "Lo que posiblemente facilita la subsunción al juez (el dirigirse a los elementos constitutivos), no brinda necesariamente al autor el «conocimiento de la significación»".

Este argumento muestra claramente que la solución que hemos propuesto tiene muy poco que ver con la teoría ide los conceptos complejos. En efecto, según nuestra opinión debe conocer *todos* los elementos que fundamentan lo injusto, *incluyendo* su significación social, para que

[318] *Supra,* ps. 121 y ss.

si» *Vergl. Darst.,* p. 562. También von Weber, "GA", 1953, ps. 161/ 166, aceptando la misma restricción. «o *Mexger-Festschrift,* p. 160.

pueda afirmarse que ha[1] obrado con dolo. Al separar Wel-zel los momentos de la antijuricidad en sus componentes fundamentadores de lo injusto y los que únicamente caracterizan a este último, sólo cortamos un nexo único, y más precisamente, aquel con el cual la antijuricidad formal del hecho se entrelaza en el tipo penal. Ello no representa ninguna desventaja, sino todo lo contrario, pues de esta manera, no sólo se justifica la teoría de la culpabilidad que se apoya sobre ésta distinción, sino también toda otra teoría que requiera, sobre la base de la teoría dominante "de la subsunción", en modo consecuente, una distinción semejante. Aun la teoría de la valoración paralela, aparentemente divergente, parte de este principio, pues requiere —igual que nosotros— el conocimiento de la significación, pero no el conocimiento, además, de la antijuricidad formal. El autor debe conocer que el escrito por él falsificado es merecedor de confianza en el tráfico jurídico, pero no necesita tener presente que se trata de un documento en el sentido del § 267 del Código Penal.

El principio del cual se deduce el "conocimiento de la significación" mediante la valoración paralela debe entenderse, por tanto, *cum grano satis:* la significación jurídica total de un hecho sólo puede obtenerse mediante una subsunción jurídica exacta. Este conocimiento no resulta en ningún caso presupuesto del dolo. Por eso nuestra solución coincide totalmente con la concepción general cuando extrae la antijuricidad fuera del tipo, en vez de incluir los elementos del deber jurídico exclusivamente en éste, por no haber reconocido que de este manera la antijuricidad se convierte, en cierto sentido, en elemento del tipo.

De ello se deduce que los elementos del deber jurídico podrían designarse también "conceptos complejos". pues en ellos se condensan elementos del tipo y de,la antijuricidad. La distinción dentro de este complejo es sólo

una consecuencia de la teoría de la culpabilidad y no se halla en contradicción con la teoría de la valoración paralela. Nuestra solución no es, en consecuencia, una reedición de la teoría de los conceptos complejos en el sentido tradicional.

Un último argumento, que ha sido esgrimido contra la teoría de los conceptos complejos, tampoco afecta a nuestra concepción. Eichmann[321] ha señalado que nada definitivo se dice con la teoría para la cual el conocimiento de los elementos constitutivos de un concepto jurídico sería suficiente para el dolo. En efecto; los elementos deducidos de esta manera, obligan descomponerlos nuevamente en sus partes constitutivas, y así sucesivamente. Con •este método, no puede establecerse cuáles son las circunstancias definitivamente "constitutivas" qué deben ser alcanzadas por el dolo.

La cuestión de si esta crítica es decisiva, rio afecta el hecho de que de todos modos no rige para nuestro tratamiento de los elementos del deber jurídico. En nuestro caso, no se trata de dividir un elemento hasta sus últimas partículas, sino solamente de separar del tipo penal el elemento de la antijuricidad formal. Tan pronto como hemos alcanzado esta meta desaparece la necesidad de continuar con otras distinciones de las circunstancias constitutivas de lo injusto, aun cuando ellas fueran de naturaleza compleja.

ce) La voluntad del legislador.

Todavía sería posible objetar lo siguiente: el legislador ha introducido con la ayuda de los elementos del deber jurídico, la antijuricidad en el tipo. Para nosotros esto no representa ningún motivo que nos obligué a extraerla nuevamente de él. Al contrario, significa que el

[321] *Der Vorsatz bei normativen Tatbestandsélementeh,* ¦ps:-40/45.

legislador, en estos casos, sólo considera merecedores de pena aquellos hechos en que el autor ha contravenido conscientemente el deber jurídico. La interpretación iría córi-tra la intención del legislador limitando el tipo de estos delitos a tales elementos fundamentadores de lo injusto. '

La respuesta no es sencilla. Aun cuando se entienda correcto solucionar la cuestión del error sobre la base de la teoría de la culpabilidad, no seria imposible que en casos particulares el legislador se haya apartado de la regla.

Esta dificultad nos parece, sin embargo, superable en virtud de las siguientes consideraciones: El legislador ha incluido en numerosos casos la expresión "antijurídico" er» la descripción de ciertos hechos. Actualmente es indiscutible que por este motivo la antijuricidad no se ha convertido en un elemento del tipo. Esta expresión no debe conducir a una investigación especial en el momento de la determinación de la concurrencia de los elementos del tipo. ¿Por qué debería ser de otra manera si la expresión! "antijurídico" es introducida en un tipo penal mediante su conexión con elementos fundamentadores de lo injusto? Para esta solución, el motivo resulta menos plausible que si los elementos del deber jurídico se declararan requisitos de la antijuricidad dentro de la descripción del hecho^. en virtud de razones lingüísticas[322].

El tratamiento de los casos divergentes

Conforme a los principios desarrollados, las cuestiones; del error requieren también una solución en el caso de aquellos elementos que Welzel considera "momentos de la antijuricidad", pero que no pertenecen directamente a los elementos del deber jurídico en nuestro sentido[323].

Cuando una acción realizada sin autorización policial o de la autoridad es punible, debe distinguirse: si el autor

322 Conf. *supra*, ps. 218/219.
323 Conf. *supra*, ps. 134 *y ss.*

cree erróneamente tener la autorización, desaparece el dolo; pero si piensa que puede obrar sin necesidad de autorización, se dará un error de prohibición[324].

Distinto es el problema con relación al elemento "reprobabilidad" en los § 240, II, y 253, II, del Código Penal. En estos casos resulta seguro, ante todo, que un error sobre los presupuestos objetivos de la reprobabilidad constituye un error de tipo. El caso en que alguien quiere lograr de otro, mediante la amenaza de una denuncia penal, el cumplimiento de una indemnización que erróneamente entiende derivarse de una acción punible llevada a cabo contra él[325], ha sido considerado, con razón, por la Corte del Tribunal Federal, como error de tipo[326]. Si el autor hubiera tenido, realmente, derecho a reclamar la indemnización no se daría el tipo de la coacción, tal como lo ha reconocido el BGH. Por tanto, no es acertado lo que dice el BGH en su principal sentencia en materia de error[327] cuando afirma que el legislador habría trazado "los límites del tipo de la coacción con tanta amplitud que también caerían bajo él numerosos casos de la vida diaria, en los cuales la coacción, a pesar de la amenaza con un mal sensible, resulta adecuada a derecho desde el punto de vista del sentimiento jurídico natural". Esta afirmación, solamente rige con respecto a la redacción casual que encuentra en la ley el § 240, I, que por un lado no es decisivo para establecer qué circunstancias requieren ser alcanzadas por el dolo, y, por el otro, tampoco puede decidir qué elementos deben atribuirse sistemáticamente al tipo. La

[324] La cuestión planteada *supra,* ps. 134/135, de. si la palabrita "nece sario" en todos estos tipos debía introducirse antes de expresiones como "per miso", "autorización", etc., resulta, por tanto, carente de sentido práctico, pues los resultados no se modificarían.

[325] Ver *supra,* p. 31.

[328] *L.M.,* n* 3, § 240; de acuerdo, correctamente, Vianden-Grüter, "GA", 1954, ps. 359-364.

[327] Ver *supra,* p. 30.

circunstancia de que en los casos de los § 240 y 253 se deje un amplio margen al "juez para concretar el concepto de reprobabilidad y fijar las circunstancias bajo las cuales la coacción es reprobable, no determina que el error sobre tales circunstancias no sea un error de tipo. Al contrario, lo que se ha hecho es encomendar al juez, precisamente, la integración del tipo mediante la definición de las circunstancias que constituyen la reprobabilidad. La coacción, por tanto, sólo es típicamente adecuada si se dan los presupuestos objetivos de la reprobabilidad [3M].

En cuanto al tipo subjetivo, cabe preguntarse si debe entenderse como suficiente el conocimiento del autor del sustrato objetivo del juicio de reprobabilidad, o si en realidad no debería exigirse, además, el conocimiento (lego) de la "reprobabilidad" misma. La pregunta es difícil de responder. No debe olvidarse que el juicio sobre la repró-babilidad no implica la valoración de una circunstancia de hecho particular, sino que contiene una valoración total. Por este motivo, la "reprobabilidad" equivale a los elementos del deber jurídico que nosotros hemos descrito, en los cuales el error sobre la valoración total debe considerarse como un error de prohibición. Pero aquel elemento se diferencia de éstos en que el juicio sobre la reprobabilidad sólo contiene una valoración total de carácter social, pero no jurídico-formal. Se podría, por tan-

[328] De todos modos, un error sobre circunstancias que fundamentan la reprobabilidad tienen la particularidad de que no sólo excluye el dolo sino también la reprobabilidad de la acción; salvo el caso que se quiera utilizar un concepto de reprochabilidad "objetivo", independiente de la dirección de la voluntad del autor. Además, se demuestra aquí la existencia de un instructivo ejemplo respecto del efecto —discutido más arriba (p. 131)— que hace imposible la realización de la teoría estricta de la culpabilidad en los casos de elementos que expresan la actitud del agente. Quien no conoce las circunstancias objetivas constitutivas de la reprobabilidad, obra en forma no dolosa según nuestro punto de vista; pero quien ponga esto en duda, como Welzel, deberá excluir la punibilidad por faltar la reprobabilidad y, por tanto, no podrá, como lo exigiría la teoría estricta de la culpabilidad, aplicar la pena del delito doloso cuando el error sea evitable.

to, afirmar lo siguiente: dado que la "reprobabilidad" no constituye una circunstancia abarcadora de la antijuricidad, ya que su conocimiento no se conecta directamente con.la conciencia de la prohibición necesariamente, y que además el dolo no se refiere sólo a circunstancias "fácticas" sirio que requiere también el conocimiento de la significación (fuera del conocimiento de la prohibición), sólo podría hablarse del dolo si el autor sabe en forma lega de qué rhanera la gente honorable define la "reprobabilidad" o "indecencia". También en los elementos como "injuria". "iriipudicia", "ruido perturbador de la tranquilidad", etc., no es suficiente hoy en día que el autor haya tenido un "conocimiento de los hechos", sino que se exige la conciencia en la esfera del lego del carácter injurioso, impúdico o perturbador de la acción respectiva. ¿Por qué sería diferente la cuestión de la reprobabilidad?

Al contrario, debe observarse que la exigencia de "conocimiento de la significación" no puede llegar tan, lejos que el juicio sobre la valoración social total de un hecho sea abandonada al gusto subjetivo del autor. Ya hemos visto al ocupamos de la teoría del dolo II (que considera la conciencia de la antijuricidad material como elemento esencial del dolo), que también en los casos de los § 240 y 253 del Código Penal, no corresponde absolver al autor que ha obrado reprochablemente, sólo "porque, desde su punto de vista, su comportamiento no era reprochable.

Tal suposición sería, en realidad, un error de subsun-ción irrelevante. Un error de valoración tendría —por tanto— fuerza como para excluir el dolo si el autor, como consecuencia de un error sobre "el objeto de[r] la valoración", no ha podido comprendere! sentido^de "su,acción. Ejemplo: el,autor yerra, sobre *eU*grado de la presión ejercida sobre la'motivación del otro, o Sobre la naturaleza de la" relación medió-fin,' corno consecuencia de una valora* ción incorrecta del significado social de su hecho. Sin

embargo, estas complicadas cuestiones requerirían una investigación particular que nos llevarían demasiado lejos.

Sólo brevemente podemos referirnos aquí, al error sobre la adecuación social. Probablemente este concepto, algo vago y difícil de distinguir de las causas de exclusión de lo injusto, podría ser totalmente prescindible en los hechos punibles dolosos. Incluso Welzel caracteriza, últimamente, a la adecuación social sólo como una causa de justificación proveniente del derecho consuetudinario[32]*. Si se considera a la adecuación social como causa de exclusión de lo injusto (y por ello, según nuestra opinión, de la adecuación típica), el error sobre circunstancias que, de concurrir, determinarían la adecuación social del hecho, sería un error de tipo. En cambio, la suposición errónea de la adecuación típica de un hecho cuyos presupuestos se conocen correctamente, sería un error sobre los límites de una causa de justificación; por tanto, un error de prohibición.

Con respecto a los elementos de la autoría rige lo siguiente: los presupuestos objetivos del deber del autor, por ejemplo, la calidad de testigo o de perito (§ 153 y ss.), de tutor, educador (§ 174), abogado (§ 300, 352, 356), médico (§ 300), etc., deben ser conocidos por el autor; si no es así, tendremos un error de tipo. La suposición de Armin Kaufmann[3Ma], de que en estos casos se daría siempre un error de prohibición, el cual, sin embargo, conduciría siempre[329b] a un caso de no punibilidad por tratarse de un error inevitable, llega prácticamente a

32» *L.B.*, ps. 73/74 (6).

329» *Lebendiges und Totes*, p. 159, nota 227.

329b Algo restrictivo en lug. cit., ps. 170/171: "Por lo general" el error de prohibición será inevitable. Aquí se excluye, pues, la posibilidad de sanción por el hecho doloso a pesar de que el conocimiento de los presu^ puestos objetivos de la posición del autor no faltan .totalmente; ello coincide, por Cierto, con los principios de la teoría dé la "culpabilidad, pero lleva ä resultados prácticos difíciles .de soporta^ que tampoco. Welzel ha aprobado,

los mismos resultados. Esta construcción resulta, sin embargo, extraordinariamente insatisfactoria desde el punto de vista dogmático, a pesar de que, en oposición a Welzel, procura reducir a condiciones más estrechas los tipos abiertos. Evidentemente es una ficción aceptar, sin comprobación alguna, como lo hace Kaufmann, que hay todo un grupo de errores de prohibición que no podrían evitarse y que tienen el efecto de excluir la punibilidad del autor. Por otra parte, la teoría de la culpabilidad, sescuida por Kaufmann, perdería todo su efecto al carecer de la po-; sibilidad de aplicar la pena del delito doloso también en el caso del error de prohibición.

Según nuestra posición, el funcionario, por tanto, tiene que conocer por lo menos la naturaleza y las circunstancias de su posición como autoridad, más las tareas que le corresponden, para que pueda aplicársele la pena del delito doloso. En lo demás, dependerá de la definición del concepto de funcionario, qué es lo .que él debe conocer. Si se exige que el funcionario obre haciendo manifestación de la soberanía estatal, se requerirá también que el funcionario (no en el sentido del derecho constitucional) sea consciente de ese carácter de su acción en su esfera paralela de lego. Pero si nos conformamos con que la actividad corresponda a la "esencia" de su función, el autor deberá tener en claro, como lego, estas circunstancias; lo mismo ocurrirá si se define el concepto de funcionario por las funciones que desempeña en tanto se deriven de la coacción estatal y sirvan a los fines del Estado[330]. De todos modos, la cuestión de si el autor deberá tener además la conciencia de su deber especial de lealtad, debe resolverse tanto en uno como en otro caso. El BGH ha negado esto en una nueva sentencia[331]. Con las conside-[1]

sao "RGJW", 1939, p. 625.
331 BGHSt, 8, ps. 321/325.

raciones en las cuales se basa nuestro tratamiento de los elementos del deber jurídica, no puede fundamentarse un rechazo como éste, porque el conocimiento del deber dé lealtad general, en el caso concreto, depende del conocimiento de la prohibición[332]. Esta cuestión, sin embargo, no tendría que reportar dificultad alguna en la práctica. El deber especial de lealtad sólo se expresa en la valoración paralela en la conciencia del autor, cuando éste sabe que debe cumplir los deberes que le corresponden de la mejor manera y que es más responsable que otros, a los que tales deberes no les corresponden. Esté conocimiento no puede faltarle al autor, cuando sabe de la especie y amplitud de su función, lo que dé todos modos es necesario para el dolo. Por consiguiente, parece inobjetable exigir la conciencia del deber general de lealtad (pero naturalmente no su lesión) como elemento del dolo; Al contrario, habrá error de prohibición si el autor, por ejemplo, acepta algún regalo (§ 331 y 332), penetra en domicilio ajeno (§ 342) o extorsiona para obtener una declaración (§ 343) en la creencia de que ello le ésta permitido y que es compatible con su deber propio del servicio.

"" También la cuestión de la amplitud con que debo exigirse el conocimiento del autor de la calificación jurídica del hecho previo en el encubrimiento requiere para su solución distintos criterios de los que han sido desarrollados con respecto a los elementos del deber jurídico, dado que la clasificación jurídica del hecho previo depende del conocimiento del deber del autor. Habrá entonces que distinguir de la siguiente manera: en los casos de encubrimiento personal, el autor tendrá qué saber que el hecho previo es punible, es decir, que está amenazado con pena. Si el autor supone circunstancias objetivas, que ds-

«= Conf. *supra*, ps. 107/110.

terminarían que el hecho previo fuera solamente una contravención, tendremos un error de tipo, en contra de la opinión de Welzel. En cambio, es irrelevante si el autor conoce el hecho previo en sus presupuestos objetivos —lo que prácticamente no se dará nunca—, pero yerra al calificarlo como una contravención. Aun cuando se exija para el dolo el "conocimiento de la significación", estará justificado en estos casos suponer la existencia de un error de. subsunción, pues la caracterización como "delito" o "contravención" sólo tiene un carácter técnico-jurídico y no permite elevar el contenido material de lo injusto del encubrimiento, a pesar del conocimiento del autor del suceso exterior correspondiente al hecho previo.

El error sobre la obligatoriedad-de una orden en el derecho penal militar, debe tratarse de la misma manera que el caso del § 113 del Código Penal. Tal error podrá ser tanto un error de tipo como un error de prohibición [332„!] a pesar del texto demasiado amplio del § 22 del Código Penal Militar. La cuestión de si el concepto de "sin^auto-rización" de Welzel debe considerarse como un elemento especial de la culpabilidad, resulta dudosa. La suposición errónea de una autorización de la autoridad competente para abandonar la tropa no puede ser sancionada cómo abandono sin autorización; en esto debe darse la razón a Welzel. Tal afirmación se apoya, sin embargo, según nuestra concepción, en la suposición errónea de una circunstancia que excluiría lo injusto, y no en que la falta de autorización presupone necesariamente el conocimiento de la carencia de permiso. ¿No debería sancionarse al soldado que negligentemente creyó disponer de permiso para abandonar la tropa conforme al § 15 del Código Penal Militar? Aquí habrá que aceptar, probablemente, la falta de autorización y considerar un error de prohibición.

•■"2a También Arndt, *Wéhrstrafrecht,* ps. 164 y ss.

II. *La significación de los elementos del deber jurídico con respecto a la teoría de la culpabilidad.*

1. *La delimitación de la tentativa inidónea, el delito putativo y el delito consumado.*

La significación del tipo del error no sólo se percibe en la separación del error de tipo y el error de prohibición, sino también en la delimitación del delito putativo frente a la tentativa punible[333]. Esta separación del ámbito de lo punible del de lo no punible se ha apoyado, en general, en la sencilla inversión de los principios fundamentales del error relativos al límite entre el tipo y la antijuricidad, y no en puntos de vista independientes tomados de la propia teoría de la tentativa. Por este motivo, resulta ya habitual hablar de "error de tipo al revés" en los casos de tentativa punible, así como de "error de prohibición al revés" en los casos de delito putativo[334].

Estos principios sólo podremos aceptarlos para el tratamiento de los elementos del deber jurídico, en la medida en que se correspondan también con las reglas de la teoría de la tentativa, y no sólo por la necesidad de una estructura armónica del sistema. De todos modos, tendremos que conformarnos con un desarrollo escueto de esta cuestión, pues la distinción de tentativa y delito putativo no es significativa en todos los elementos del deber jurídico[335] y, por tanto, tiene menor importancia que la delimitación del error de tipo frente al error de prohibición. Liberán-

[333] Conf. *supra,* p. 171; aquí debe partirse en lo sucesivo, en todos los casos, de la punibilidad de la tentativa inidónea. En un caso especial —de desconocimiento de circunstancias excluyentes de lo injusto— puede ser significativo para la delimitación de la tentativa inidónea y el delito consumado, el texto del tipo del error.

[334] Conf. Welzel, *L.B.,* p. 169 (6), y Bruns, *Der untaugliche Täter im Strafrecht,* p. 6.

[335] Conf. *supra,* ps. 29 y ss.

donos de las ataduras sistemáticas y procurando determinar la esencia del delito putativo a partir de ella misma, podría afirmarse lo siguiente:

El delito putativo sólo sería punible si el fundamento de la punibilidad de la tentativa consistiera en la voluntad del autor de desobedecer los mandatos del legislador, dado que esta voluntad se da tanto en el delito putativo como en la realización de cualquier otro hecho realmente punible. Pero en la medida en que el delito no consiste en un acto de desobediencia[335]*, esta concepción resultará necesariamente falsa.

El fundamento para la sanción de la tentativa reside en el peligro corrido por un bien jurídico protegido por la ley penal, en relación con la voluntad del autor que se dirige a la lesión de aquél. Ambos factores actúan en conjunto. El solo peligro corrido no es suficiente[336] (pues la tentativa culposa no es punible), ni tampoco será suficiente la mera voluntad malintencionada del autor (pues ello conduciría a un derecho penal de ánimo)[33T].

En virtud de estos fundamentos, surge necesariamente la no punibilidad del delito putativo. La mujer que se entrega al amor lesbiano creyendo cometer un delito, no expresa en su hecho ninguno de los fundamentos de la punibilidad de la tentativa. Faltará el peligro para el bien jurídico, porque para el orden jurídico es indiferente la amenaza de la moralidad cometida por medio de acciones lesbianas. Y faltará también la voluntad malintencionada, porque lo realizado por la autora, en una consideración objetiva, es admisible y por ese motivo no merece ningún reproche jurídico.

335» Conf. *supra,* p. 183.

336 Prescindiendo de los delitos de peligro.

337 En los casos de tentativa inidónea habrá que conformarse con que: o) existe una voluntad "mala" del autor en una consideración objetiva, *y b)* existiría un peligro si la representación del autor fuera correcta.

Las mismas reglas rigen con respecto al error de subsunción al revés: alguien falsifica lo que toma erróneamente como un documento. El autor quiere, en este caso, lesio^ nar un bien jurídico que está realmente protegido (la corrección que corresponde a los medios de prueba), pero quiere hacerlo fuera *del* marco de la protección jurídico-, penal. Esto resulta indiferente para el orden jurídico, y por tanto, debe calificarse de delito putativo.

Así llegamos al siguiente resultado: un delito putativo se dará en todos los casos en que el autor quiere lesionar un bien que no está en general protegido, o que no lo está con la amplitud con que él lo ha creído. En todos los demás casos habrá tentativa (no siempre punible).

Estos resultados coincidirán con los límites que hemos trazado entre el tipo y la antijuricidad. Dado que nuestro concepto de tipo comprende todos los bienes jurídicos penalmente protegidos en toda su extensión, la suposición errónea de circunstancias que en su totalidad realizarían el tipo determinará siempre la existencia de tentativa, mientras que la mera suposición de la antijuricidad constituirá un delito putativo porque el hecho cometido en este caso no lesiona ningún bien jurídico protegido. Por tanto, no es una casualidad, sino que ello se fundamentará en la cosa misma, que afirmemos —en nuestra concepción del tipo penal— la utilidad de la distinción entre error de tipo y error de prohibición. Habrá un delito putativo cuando el autor cree cometer un delito como consecuencia de un error de prohibición, y tentativa cuando ello es consecuencia de un error de tipo.

La concepción de Welzel conduce a otros resultados. Él también distingue la tentativa del delito putativo sobre la base de la delimitación entre tipo *y* antijuricidad, coincidiendo totalmente con nosotros, y caracteriza el delito pu-

tativo como un caso de "error al revés"[333]. Paso a paso se demuestra, sin ernbargo, que su tipo penal no se adecúa a estos principios.

Ejemplo: A dispara sobre su enemigo *B,* sin saber que éste tenía ya la mano en el disparador de.su revólver con el fin de matarlo. Objetivamente se dan, entonces, los presupuestos de una defensa necesaria en favor de A, sin que él lo supiera en absoluto. . J ..

Dado que la suposición errónea de los presupuestos de la legítima defensa constituyen, según la teoría de Welzel, un error de prohibición, surge necesariamente que el desconocimiento de la existencia de los presupuestos de la defensa necesaria constituirá un caso de error de prohibición al revés. Consecuentemente Welzel tendría-que aceptar aquí un delito putativo. Esta solución sería una consecuencia de su concepción del tipo penal, pero no sería aceptable pues el autor quiso lesionar, un bien jurídico protegido. La muerte de un hombre contenida en la intención de A sin razón, ni justificación, representa precisamente el caso más grave entre los hechos punibles del orden jurídico.

Welzel tiene entonces que decidirse entre los mandatos de la consecuencia dogmática y las necesidades objetivas. La decisión en favor de la segunda alternativa se le facilita porque en la bibliografía y en la jurisprudencia viene sosteniéndose desde hace mucho tiempo que la justificación de la defensa necesaria es dependiente de la voluntad de defensa del autor[330], aunque la ley no lo exija necesariamente[840]. La necesidad de incluir aquí la exigencia de una voluntad de defensa muestra, en todo caso, que la problemática del delito putativo no se resuelve in-virtiendo sencillamente las reglas del error de Welzel.

338 L·B·f p. **169 (6).**
33» Conf. "RGSt", 54, 199; 60, 262.
»«o Sobre esto, v. Weber, "JZ\ 1951, p. 263.

Welzel considera que en este caso se dará un asesinato consumado, y no simplemente una tentativa. Este resultado es tan poco convincente como lo es la suposición de un delito putativo, dado que la muerte causada en estas circunstancias tiene todo el disvalor de acción del asesinato o del homicidio, pero carece del disvalor del resultado[341]. La realización del resultado (el disparo sobre el agresor que obra antijurídicamente) estaba permitido por el orden jurídico: el muerto no gozaba en su ataque de protección jurídico-penal. Por ello, debe ser sancionado —como en todos los otros casos en los cuales se da el disvalor de acción, pero no el del resultado— por la comisión dé una tentativa.

Esta solución es consecuencia también de nuestra concepción del tipo penal. Nosotros no necesitamos recurrir a los elementos subjetivos de la justificación, para alcanzar un resultado mejor. Dado que la existencia de las circunstancias de la justificación excluye la adecuación típica, *A* no se halla en el caso de nuestro ejemplo, en un error de prohibición al revés, sino en un error de tipo al revés, de tal manera que la punibilidad por tentativa de asesinato o de homicidio es obvia.

Las diferencias de nuestra concepción y la de Welzel se ven más claramente en los casos en los cuales Welzel no hacía depender la justificación de circunstancias subjetivas. Así, por ejemplo, en el caso en que "el autor de un hurto se defiende del ataque de un ladrón dirigido a la cosa hurtada en la creencia de que se trata del propietario de ella"[342]. En este caso, Welzel se pronuncia por la existencia de un delito putativo[342]. Ello era consecuente visto desde la teoría del tipo: si la suposición errónea de los presupuestos de la defensa necesaria no excluyera el dolo, la errónea

[341] Conf. Welzel mismo en *Nettes BÜd,* 2» ed., p. 57 (nota de la p. 54). s« *L.B.,* ps. 66 y 259 (4).

no suposición de estas circunstancias tendría que ser un delito putativo conforme a los principios del error de prohibición al revés. Ello resultaría, sin embargo, objetivamente incorrecto: el autor supone circunstancias que de concurrir determinarían la punibilidad del hecho según el § 252 del Código Penal. Por otra parte, desde el punto de vista de Welzel, no se comprende por qué este caso debe resolverse de manera distinta, no exigiendo el elemento subjetivo de la justificación. En la última edición de su libro el ejemplo ha sido eliminado[343]. Siguiendo ahora a Niese[344] y a Mau-rach[345], se afirma la dependencia de toda justificación respecto de la existencia de una tendencia subjetiva justificante [34<!]. En este caso, Welzel aceptaría ahora no ya un delito putativo, sino un robo consumado (§ 252). Para nosotros, la solución correcta es otra: se trata de una tentativa de robo del § 252 del Código Penal[347].

La concepción del tipo de Welzel encuentra similares dificultades en las otras causas de justificación. Von Weber[348] da el siguiente ejemplo: un soldado decide matar a su jefe durante el crepúsculo, mientras éste controla los puestos de guardia. En realidad dispara sobre una figura que él cree corresponde a su jefe, pero que pertenece a un hombre de una patrulla enemiga.

Según nuestra concepción del tipo, en este caso aceptaremos, necesariamente, tentativa de asesinato[34]*. La existencia de una acción de guerra justificada excluye la realización del tipo, y el desconocimiento de las "circunstancias de la justificación" expresa un error de tipo al revés

3« *L.B.*, ps. 74 y 275 (5), 79, 289 (6).

344 *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit,* ps. 17 y ss.

345 *Allgemeiner Teü*, ps. 272 y ss.

8« *L.B.*, p. 75 (6).

347 Con lo que la relación de esta prescripción con el hurto simple consumado según el § 242 queda todavía por tratar.

348 -jz", 195^ p. 263.

349 Coincidentemente v. Weber, lug. cit.

que fundamenta la punibilidad de la tentativa. La posición de Welzel conduciría, en cambio, a la absolución dej$_r$ soldado, pues se trataría de un error de prohibición al-revés. En su respuesta a von Weber, Welzel encuentra aceptable la solución del delito putativo[350]. Welzel estima posible la punibilidad del soldado sólo "presuponiendo que la justificación de las acciones de guerra requirieran un elemento subjetivo de la justificación (es decir, la dirección de la voluntad al ataque o la defensa, frente a un enemigo). . .". Luego de la modificación de su punto de vista, Wejzel tendría, probablemente, que sancionar al soldado por asesinato consumado[351].

Estas oscilaciones, los resultados v la necesidad de incluir los elementos subjetivos de la justificación, muestran que la concepción del tipo penal de Welzel no permite soluciones satisfactorias de los problemas de la tentativa. Una desventaja adicional de esta construcción es que con ella—como ya se ha visto en los casos de "error al derecho"[352]—, también junto a los errores de tipo y de prohibición al revés, habría que incluir una tercera especie de error: el error sobre los presupuestos de una causa de exclusión de lo injusto. Si ellas concurren, sin que el autor lo sepa, su falsa representación tendrá la fuerza necesaria para trasformar un hecho, que de otra manera sería adecuado al derecho, en un delito consumado. Esta solución que se corresponde, por lo menos, en el caso de la defensa necesaria y en el del consentimiento con la solución de la teoría dominante, resulta tan poco convincente en lo dogmático (a partir de la teoría del error) como en lo objetivo. Es evidente que en dos hechos exteriormente iguales la decisión de si se trata de una acción adecuada

3^{R}o *Neues Bild,* 2» ed., p. 57, nota 1 en la p. 54. [351] Y no sólo a causa del hecho tentado, como había admitido anteriormente *(Neues Bild,* lug. cit.). '"[2] *Supra,* ps. 34, 43 y 50.

al derecho o de un delito consumado, no puede depender exclusivamente de la representación del autor.

Con esto se demuestra que todos los tipos "supérabarcadores" —sean abiertos o cerrados— resultan tan poco apropiados para la delimitación de la tentativa respecto del delito putativo, como para distinguir el error de tipo del de prohibición. También en este caso, un tipo total capaz de comprender todas las circunstancias determinantes de lo injusto, da resultados más sencillos y adecuados. Ellos significan una inversión exacta de las reglas del error:

La suposición errónea de elementos, que de concurrir fundamentarían lo injusto punible, o el desconocimiento de circunstancias que excluirían lo injusto determinan la existencia de tentativa, mientras que la mera creencia en la antijuricidad de una acción que no está prohibida es un delito putativo.

2. *Las consecuencias con respecto a los elementos del deber jurídico.* .El resultado alcanzado es de considerable importan[1] cia para el tratamiento de los elementos del deber jurídico. Allí donde los elementos del deber jurídico contienen circunstancias positivas fundamentadoras de lo injusto, nuestra solución resultará importante en los tipos penales cuya tentativa está amenazada con pena: es aquí donde se decide sobre el límite entre tentativa punible y delito putativo. Allí, donde los elementos del deber jurídico .abarcan circunstancias que excluyen lo injusto, se trata —en el caso en que la justificación sea dependiente de elementos subjetivos— de una decisión entre tentativa (eventual-mente no punible) y el hecho consumado, punible en todos los casos. Esto tiene las siguientes repercusiones particulares[3]*[3]:

[853] Los ejemplos siguientes no pretenden agotar todos los posibles, sino brindax solamente una ilustración de las consecuencias prácticas de nuestra solución.

Para la "legitimidad" del ejercicio del cargo rige lo siguiente: si el autor resiste.el hecho antijurídico de un funcionario que conoce en sus presupuestos objetivos, pero creyendo erróneamente que el ejercicio del cargo se lleva a cabo en forma legítima, es decir, que tiene el deber de tolerar la acción del funcionario, estaremos ante un delito putativo (ídem Welzel). Si la resistencia se ejerce creyendo en la adecuación al derecho de la acción en realidad antijurídica del funcionario, porque se le asigna un sentido (por ejemplo, por un defecto de audición) que de ser cierto hubiera determinado la legitimidad de la acción del funcionario, tendremos una tentativa (que hoy no es punible). Welzel aceptaría aquí también un delito putativo, porque la "legitimidad del ejercicio del cargo" es considerada por él como un momento puro de la antijuri-cidad y su suposición errónea como error de prohibición al revés. De la misma manera, Welzel podría aceptar un delito consumado y, por tanto, un hecho punible conforme al § 113, pues dado que la antijuricidad de la acción del funcionario fundamenta un derecho de defensa necesaria, el autor yerra sobre la existencia de los presupuestos de la defensa necesaria; no tiene, pues, la voluntad de defensa exigida por Welzel, de tal manera que su hecho debe considerarse como consumado y no justificado. Lo correcto es sostener en estos casos la existencia de tentativa, pues faltará el disvalor del resultado de la resistencia, aunque se dé íntegramente el disvalor de acción (el autor quiere algo que es —objetivamente considerado— antijurídico).

En los delitos impropios de omisión, la solución es la siguiente: si el autor cree tener un deber de evitar el resultado sin suponer circunstancias objetivas que hubieran fundamentado tal deber, cometerá un delito putativo (ídem

Welzel); al contrario, la teoría dominante que considera el deber de evitar el resultado como un elemento típico, entiende, consecuentemente, que en estos casos se da una tentativa. Según nuestra posición, habrá tentativa si el autor supone erróneamente circunstancias que fundamentarían una posición de garante: un padre cree, por ejemplo, que el niño empujado por la ola es su hijo y no hace nada, intencionalmente, por salvarlo, para desligarse de él. Welzel, en cambio, sostendría en este hecho (en lo que se refiere al § 211 del Código Penal) la existencia de un delito putativo[354].

En los delitos que se caracterizan por la realización de una acción "sin autorización", la diferenciación de las concepciones sólo repercute en la delimitación de la tentativa punible y el hecho consumado, dado que la tentativa no es punible, y además el concepto de "falta de autorización" sólo expresa una síntesis de elementos excluyen-tes de lo injusto. Si alguien está autorizado, por ejemplo, para abrir correspondencia de otro, pero no lo sabe (acaso porque lo ha olvidado), y a pesar de ello abre la carta, — habrá tentativa (no punible) según nuestra concepción (§ 299 y 43), mientras que Welzel aceptará un delito consumado, y, por consiguiente, punible[355]. Lo mismo rige para los tipos que sancionan acciones cometidas sin permiso de la autoridad.

Un caso muy discutido en relación a la delimitación entre tentativa y delito putativo es el del error sobre la competencia en los delitos de perjurio[3BS]. El caso especialmente discutible de la declaración jurada falsa en materia de seguros (§ 156 ¿el Código Penal), es ahora nuevamente no punible. El problema se mantiene, sin embargo, con referencia al § 154 del Código Penal. Enceste

[354] Como surge del L.B.; ps. 67, 170, 184 (6).
*™ *L.B.*, p. 85 (6).
[368] Conf. en particular *jupra,* jps.> 5j§/57.

supuesto, el BGH (Corte del Tribunal Federal) considera últimamente que la "competencia" es un puro elemento típico, y sanciona como tentativa el juramento falso de quien se cree obligado a declarar bajo juramento ante un tribunal que en realidad es completamente incompetente[387].

El Tribunal no merece aprobación. La creencia en la antijuricidad formal no puede sancionarse con arreglo a los principios expuestos, porque en estos casos el autor hace algo que considerado objetivamente no está prohibido y que sólo él tiene por tal. Tal delito putativo se dará en el caso del policía de tránsito que antijurídicamente recibe un juramento a alguien que erróneamente le reconoce facultades para ese acto, y declara falsamente.

En estos casos el autor piensa: estoy obligado a decir la verdad bajo juramento ante un policía de tránsito.

Tal obligación rio existe, en verdad. Uñ policía común carece de las facultades de recibir un juramento. Por tanto, es indiscutiblemente no punible declarar falsamente frente a un policía que abusando de sus facultades recibe un juramento.

El autor cree punible algo que en realidad no lo es. Conoce perfectamente la situación; sabe que, está ante un policía común que le exige una declaración bajo juramento. Su error consiste solamente en creer punible el falso juramento prestado en esas condiciones. Es el casp típico dé un delito putativo —un error de prohibición al revés-r—.

El BGH condenaría, en estos casos, a pesar de todo, por tentativa de falso testimonio, aunque el, legislador no tiene ningún interés en sancionar la recepción de un juramento recibido por un policía'dé tránsito; al contrarió, el legislador le ha negado este derecho a estos policías. Lo que el autor quiere no pone en peligro ningún bien jurí-

357 BGHSt, 3, 233 y ss.; conf. *supra,* p. 40.

dico protegido por la ley penal. Por ello, no es punible el hecho, tanto desde nuestro punto de vista, como en la posición de Welzel.

Sin embargo, según nuestra teoría, no toda suposición errónea de la competencia constituye un delito putativo. Tan pronto como se trate del caso en que se suponen erróneamente circunstancias fündamentadoras de lo injusto, tendremos una tentativa. Tal es el caso cuando, por ejemplo, alguien supone que el fiscal, qué sin competencia para ello quiere tomarle juramento, es un juez, y a pesar de ello, jura falsamente. También aquí el autor há creído, por' cierto, en la competencia de una autoridad incompetente. Pero no ha habido un error sobre la mera antijuri-cidad en circunstancias en que el autor tuvo total conocimiento de los presupuestos de hecho, sino qué ha creído en la existencia de una circunstancia objetiva que de haber existido realmente hubiera fundamentado lo injusto: si hubiera estado realmente frente a un juez, habría tenido el deber de decir verdad bajo juramento. Por eso, no se dará un delito putativo sino una tentativa punible. El autor quiere lesionar el bien jurídico de la corrección de las pruebas procesales en un terreno en el cual, nó sólo presumiblemente, sino realmente resulta objeto de protección penal: el falso testimonio cometido ante un juez es precisamente punible como consecuencia del § 154 del Código Penal. La diferencia con el caso anteriormente expuesto resulta clara. A pesar de ello, Welzel está obligado aquí consecuentemente a absolver por darse sólo un delito putativo, mientras que la jurisprudencia —esta vez correctamente— acepta la existencia de tentativa[358].

[338] En el caso por él reseñado en "JZ", 52, 134, en el cual un fiscal, cuya designación como juez no cumplía totalmente los requisitos formales, recibió un juramento, Welzel evita llegar a este resultado diciendo que el tribunal se había formado ilegalmente, pese a lo cual era competente para tomar juramento; de esta manera, acepta Welzel la existencia de falso testimo-

En todos los otros casos debe procederse correspon^ dientemente. Ello no es^necesario desarrollarlo en sus particularidades, pues los ejemplos traídos a colación más arriba resultan suficientes para esclarecer el principio de nuestra solución; sólo dos palabras podrían agregarse sobre la cuestión especialmente discutida de cómo debe resolverse el caso de suposición errónea de la calidad de funcionario. Según nuestra concepción, el autor tiene que tener conocimiento de la especie y alcance de su posición de funcionario: por tanto, faltará el dolo cuando errónea^ mente crea tener una posición que, si fuera real, no lo constituiría en funcionario en el sentido jurídico-penal; por consiguiente, no hay ningún impedimento desde el punto de vista de la teoría del error para considerar como fundamentador de tentativa el error del no-funcionario que supone hallarse en una situación que si fuera real determinaría su posición como funcionario[869]. Otra cuestión sería, de todos modos, la de si, en virtud de razones que se dan en la esencia de la autoría de los delitos especiales, en tales casos no debería rechazarse la punibilidad [36o]. Con respecto a este problema, sin embargo, no es posible aquí tomar posición.

D) EL TIPO SISTEMÁTICO

1. *Introducción.*

Hemos visto que la determinación del tipo del error no prejuzga necesariamente sobre la conformación del tipo como concepto fundamental del sistema del derecho pe-

nio consumado. La solución de este caso especial no modifica, sin embargo, en nada su concepción. Con respecto a Welzel y los ejemplos con que se objeta esta solución, conf. von Weber, "GA", 1953, 164, nota 13.

[359] Así también Bruns, *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, con pormenorizado análisis de toda la problemática.

»co Conf. Welzel, *L.B.*, p. 170 (6).

nal[861]. De ninguna mañera se excluye la posibilidad de hacer depender el dolo del conocimiento de todos los elementos determinantes de lo injusto y limitar, sin embargo, el tipo sistemático sólo a una parte de éstos elementos'. Si no estamos dispuestos a considerar la construcción dé los tipos abiertos como una solución acertada con respecto a los problemas del error, resulta posible, sin embargo, que el concepto de tipo penal de Welzel en la configuración de su contenido y su concepción dogmática sea superior a todas las otras teorías en lo referente á la estructura correcta del delito.

En ello sólo habría una objeción: es de la esencia de un sistema que éste tienda a la armonía. El complejo de elementos al cual —como hemos visto— se le atribuye una significación tan esencial en el ámbito de la teoría del error y de la tentativa, tiende a ocupar un lugar en el sistema, más allá de su directa función teleológica. Pues un sistema no se da porque sí, sino que existe como un medio auxiliar técnico, que permite la elaboración en forr ma clara y precisa de los elementos esenciales de un suceso polifacético en un análisis puro, destinado a su manejo práctico. Si puede afirmarse respecto del tipo penal que no sólo tiene la función de elemento de la estructura del delito, sino que cumple además con la tarea de ser el objeto al cual se refiere el dolo, y ofreciendo a la vez la posibilidad de una delimitación precisa de la tentativa y el delito putativo, con ello se afirmaría también un argumento en favor de la utilidad del concepto sistemático. Nosotros le daremos al tipo sistemático un contenido diferente al del tipo del dolo sólo cuando ello resulte imprescindible para el conocimiento de otros fenómenos dogmáticos.

Primeramente trataremos de comprobar si el concepto

[301] Conf. *supra,* p. 177.

de tipo de Welzel brinda la solución correcta en el ámbito sistemático. Su posición dentro del desarrollo de la teoría del tipo ha sido ya suficientemente explicada[862]. En nuestras consideraciones siguientes nos referiremos a los resultados allí obtenidos.

Someteremos a prueba los tipos abiertos, y luego de su rechazo haremos una breve explicación de nuestra propia concepción del tipo penal.

II; *Tipos abiertos como fundamento de la estructura del delito.*

1. *¿Se corresponden los tipos abiertos con las exigencias sistemáticas?*

Aun cuando se renuncie a una respuesta independiente a la cuestión del contenido del concepto de tipo penal, y sé quiera aceptar de esa manera la concepción de Welzel, los tipos abiertos sólo podrían ser útiles en la estructura del delito si estuvieran en condiciones de cumplir con los presupuestos funcionales imprescindibles del concepto de sistema. Con ello, se afirma que un concepto fundamental del derecho penal como el tipo tendrá que ser —si es que debe tener alguna idoneidad sistemática— "elemento fundamental" y "elemento delimitador" al mismo tiempo[303]. Esto significa que todas las acciones que entran en consideración para el derecho penal deben referirse a una base *común* (elemento fundamental), y este concepto debe tener la posibilidad de captar solamente los sucesos *esenciales* para el derecho penal (elemento delimitador).

Considerando desde este punto de vista los tipos abiertos se comprobará que no alcanzan ninguna de las dos exigencias.

[362] Conf. *supra*, ps. 69/81.

[389] "Utilizamos en esto dos expresiones acuñadas por Maihofer, *Handlungsbegriff*, p. 6, en un contexto diferente.

Los tipos abiertos son inadecuados para cumplir■ la, función de elemento fundamental de la estructura del delito, pues no se explica en qué consistiría la comunidad de las diferentes acciones consideradas por Welzel como adecuadas al tipo. Sus esfuerzos por dar al concepto de tipo penal un contenido significativo y por describir el hecho típico como un comportamiento que cae gravemente fuera del orden social, fracasa precisamente en el terreno de los tipos abiertos: las acciones socialmente adecuadas y las carentes de efecto indiciario de lo injusto se mueven dentro del orden social, pero, sin embargo, deben ser adecuados al tipo.

Prácticamente resulta imposible encontrar un común denominador de todas las acciones típicamente adecuadas según Welzel (sea con referencia a los tipos abiertos como a los cerrados). En ambos casos es posible afirmar que se trata de "comportamientos humanos", pero esta afir mación resulta ya del concepto de acción que precede al tipo penal. La construcción del tipo tendrá sentido en tanto contenga un plus significativo desde el punto de vista jurídico-penal respecto del concepto de acción. Este plus no es concebible dentro del concepto de los tipos abiertos, y el propio Welzel no ha podido demostrarlo. Por tanto, introduciendo el concepto de tipos abiertos faltará toda base común al concepto de tipo penal.

;

Tampoco como "elemento delimitador" son los tipos abiertos idóneos. El "límite inferior absoluto de la consideración jurídica" está ya incluido en el concepto de acción[304]. El tipo penal tiene que avanzar, por tanto, todavía más allá. No puede abarcar cualquier acción sino que debe especificar aquellos comportamientos jurídicamente relevantes para el derecho penal. Éste es también el punto de vista de Welzel; quien percibe la función

[304] Conf. Maihofer, *Hendlungsbegriff*, p. 9.

delimitadora del tipo en la- distinción que a éste le compete de la esfera de lo jurídicamente significativo con respecto a los jurídicamente irrelevantes[SOfS]. Tampoco aquí resulta claro de qué manera los tipos abiertos llegarían a cumplir con esta función. La afirmación de que las acciones adecuadas al tipo sólo pueden ser justificadas excep-cionalmente, como consecuencia de su relevancia jurídico-penal[306], no se corresponde con los tipos abiertos, pues éstos no darán ningún indicio de la antijuricidad[367], de donde es imposible entender en qué consistiría la significación jurídico-penal.

Con esto se demuestra que los tipos abiertos no están en condiciones de separar el campo de las acciones relevantes de las irrelevantes. Reconociendo esta categoría, se incluirán en el tipo acciones que en el sentido del derecho penal son "cualquier" acción. Un tipo penal, que alcanza también a acciones que "se mueven completamente dentro del marco del orden ético-social histórico de la vida en común"[368], carece de la función delimita-idora, que el propio Welzel le atribuye.

Lo problemático de los tipos abiertos, como elemento fundamental de la estructura del delito, ha sido percibido aparentemente también por Welzel. Por eso ha afirmado, por lo menos con respecto a los tipos de los delitos culposos y los delitos de omisión, que en estos casos "sólo puede hablarse de «tipos» en un sentido impropio" [36fl]. Esto rige también para otros tipos abiertos: "propiamente"

365 "ZStW", 67, 1955, p. 211.

38« Neues *Bild*, 2* ed., p. 55 (nota 1 en la p. 54).

3<" *L.B.*, p. 72 (6).

[368] *L.B.*, p. 74 (6), sobre el caso paralelo de las acciones socialmente adecuadas.

[300] *Neues Bild*, 2» ed., p. 19; últimamente ha dejado de mencionarse esta restricción. Pero fuera de ello, Welzel retoma ahora a la concepción que acepta un tipo cerrado en los delitos de comisión. Conf. *supra*, p. 17.

no resultan realizaciones de un tipo penal ni la coacción socialmente adecuada (§ 240), ni el uso del escudo federal (§ 360, inc. 7), ni la organización de una lotería pública (§ 284), etc. Todas estas acciones, por regla general, se mueven dentro de un orden social y, por tanto, no representan algo jurídico-penalmente relevante.

Si Welzel asume esta carencia en la determinación del elemento fundamental y delimitador, ello ha de ser por otro motivo, que yo llamaría la "función de conocimiento" de un concepto sistemático: mediante los tipos abiertos es posible reconocer los límites trazados por Welzel entre tipo y antijuricidad y —hasta cierto grado— entre tentativa y delito putativo. Hasta qué punto se reduce de esta manera la debilidad sistemática y hasta qué punto no hubiera sido mejor separar el tipo sistemático del tipo del error dejando los elementos del deber jurídico sistemáticamente en el tipo, pero dispensándoles un tratamiento diverso en relación al error[370], es una cuestión que no puede ser resuelta en este lugar. Dado que según nuestra posición la línea divisoria trazada por Welzel entre el error de tipo y el de prohibición, y entre la tentativa y el delito putativo, no es correcta, los tipos abiertos carecerán también de esta función cognitiva: mediante ellos no es posible reconocer los verdaderos límites que separan aquellas categorías.

Los tipos abiertos son, por consiguiente, aun cuando se admita la posición de Welzel, inaceptables, puesto que perturban la unidad del concepto de-tipo penal y, por tanto, tienden más a escaparse del sistema que á incluirse en él. El concepto de tipo resultará una categoría puramente formal y sin contenido si se introducen en él los tipos abiertos.

370 Tales soluciones en Busch, *Mezger-Festschrift,* ps. 175/176, y Engisch en el mismo lugar, ps. 162/163.

2. *¿Se corresponden los tipos abiertos con la esencia del tipo penal?*

En la estructura del sistema del delito, la utilización de tipos abiertos, es decir, valorativamente neutros desde el punto de vista de lo injusto, es imposible, pues ellos chocarían contra la esencia del tipo penal.

La concepción de Welzel, según la cual el legislador habría subrayado con la inclusión del tipo en la ley sólo la relevancia jurídica de determinados comportamientos, pero absteniéndose de calificar a la acción descrita como antijurídica o adecuada a derecho [37]\ no es correcta. Dado que todas las normas jurídicas ordenan al ciudadano hacer u omitir, no cabe duda de que ellas consideran al mismo tiempo negativamente, por lo menos, al comportamiento que las contradice. Si el legislador describe en una disposición legal un hurto, una extorsión o un incesto no piensa de esta manera: "establezco en estos parágrafos algunos sucesos jurídicamente relevantes, pero me abstengo de opinar sobre si su realización es buena o mala. Mi descripción sólo debe indicar que estas acciones no son totalmente indiferentes, sino que son jurídicas o antijurídicas". El legislador se dice a sí mismo: "Estos sucesos son socialmente insoportables y por ello los repruebo; por tanto, los describo en un tipo penal y los amenazo con una pena".

En consecuencia, no es acertado afirmar que la cuestión de lo injusto se conecta a la determinación previa de un tipo completamente neutral en lo valorativo, sino que es precisamente lo contrario: en el principio se encuentra un juicio legislativo de disvalor que se refleja en las disposiciones penales concretas. Por ello, no puede definirse la función del tipo penal, como lo hace Welzel,

371 "ZStW", 67, 1955, p. 211, nota 30; *L.B.*, ps. 49/50 (6).

cuando sostiene que éste describe comportamientos que son, por cierto, jurídicamente relevantes, pero que de ninguna manera se colorean por el disvalor. El tipo es, al contrario, en sí mismo una expresión de un juicio de disvalor, y sólo puede entendérselo de esta manera.

Esta concepción coincide completamente con la opinión que se ha impuesto en el desarrollo moderno de la teoría del tipo siguiendo la línea trazada por Sauer y Mezr ger[372], desarrollo en el cual el propio Welzel tomó parte en sus comienzos[373]. Conforme a ello, se da una amplia unidad de criterios —si se prescinde de la discusión referente al lugar sistemático de los llamados elementos negativos del tipo[374]— en *lo* referente a que el tipo penal de las disposiciones penales concretas importa la tipificación de un injusto, y no una rúbrica valorativamente neutral respecto a la antijuricidad. Inclusive, la reciente investigación sobre la esencia del tipo penal, realizada por Gallas[375], llega al resultado de que "el paso de la neutralidad valorativa del concepto clásico de tipo en relación al valor que caracteriza al moderno" debe* llevarse a cabo, pues el tipo penal es el "portador de los elementos típicos que determinan que cierto comportamiento es merecedor de pena"[376]. Sobre una línea similar se hallan las opiniones de Hardwig[376]": ".. .El tipo es injusto porque sólo describe lo injusto (¡aunque no lo haga completamente!). Lo injusto es a la vez el objeto de la descripción del tipo".

La convicción respecto del carácter de injusto del tipo sistemático, se ha impuesto tan fuertemente en la bibliografía, que la crítica a la construcción de los tipos abiertos

[372] **Conf.** ***supra,*** **ps. 63/64.**
[373] **Conf.** ***supra,*** **p. 72.**
[374] ***Infra,*** **ps. 273 y ss.**
375 "2StW", 67, 1955, ps. 16 y ss!
[37]« Lug. cit., p. 17.
376. "ZStW", 68, p. 32, nota 26.

y de los elementos del deber jurídico, se lleva a cabo a menudo sin mayor fundamentación, sólo a partir de esta explicación de la esencia del tipo. De esta manera fundamenta, por ejemplo, Busch[377] el carácter típico de las circunstancias comprensivas de la antijuricidad: "aquellos elementos... se distinguen de los demás elementos del hecho, en lo que se refiere a su función fundamentadora de lo injusto, no muy claramente"; en términos similares dice Engisch[378]: "Las tesis de Welzel no explican el tipo de injusto". Ello se corresponde con la posición que nosotros seguimos.

De esta manera llegamos al resultado: la construcción de los tipos abiertos no resulta sistemáticamente útil, hi se corresponde con la esencia del tipo penal. No hay ninguna razón para renunciar al desarrollo sistemático de varias décadas y retornar a la posición de Beling. El tipo no es "valorativamente neutro con respecto a la antijuricidad", sino que es un tipo de injusto.

El rechazo de los tipos abiertos vale también naturalmente para los delitos culposos. La lesión del deber objetivo de cuidado, que originariamente correspondía al marco de la culpabilidad, y que ahora, conforme a la opinión preponderante, corresponde al ámbito de la antijuricidad [379], es en verdad un presupuesto de la realización del tipo. No hay ningún argumento decisivo en contra de esta conclusión; estos tipos penales se conforman, como todos los otros, como tipos de injusto. Al contrario, dado que una norma sólo puede exigir, razonablemente, aquello que puede realizarse, carecería de sentido si en estos casos se exigiera del autor más que la aplicación del cui-

[377] *Mezger-Festschrift*, p. 175.
[378] *Mezger-Festschrift*, p. 162.
[370] Conf. *supra*, ps. 55 y ss.

dado objetivo que se requiere en la situación concreta. ¿Cómo cometería el autor una lesión de la norma si no lesiona, por lo menos, el cuidado objetivo exigido? La circunstancia de que el texto de la ley se exprese mediante una fórmula puramente causal no puede ser decisiva. Por tanto, también aquí la lesión del deber objetivo de cuidado pertenece sistemáticamente al tipo penal. Pero_ aun cuando quiera prescindirse del concepto de tipo penal aquí desarrollado y de los fundamentos de los cuales parte— el sistema finalista, el resultado no debería ser distinto en lo referente a los delitos culposos. Por cierto que últimamente Welzel —tal vez siguiendo a Henkel[880]— considera que la previsibilidad objetiva (= causalidad adecuada) es un elemento el tipo, aunque, sin embargo, la lesión del cuidado objetivo exigido sigue siendo una cuestión de la antijuricidad. Esto no sólo resulta extraño porque en el caso paralelo de los delitos impropios de omisión la lesión del deber de evitar el resultado es ahora un elemento del tipo, sin que se extraigan de ello las consecuencias que corresponderían al delito culposo. También se contradice de esta manera el propio análisis básico hecho por Welzel con respecto a la acción culposa: cuando nos dice[381] que la parte esencial, desde el punto de vista jurídico-penal del delito culposo, no se encuentra en la mera causación del resultado, sino en la acción defectuosa (a causa de la lesión del cuidado exigido en el tráfico), es evidente que la comprobación de tal defecto de la acción debería tener lugar en el marco del tipo penal, donde la acción tiene su lugar sistemático indiscutido. Por consiguiente, también en este caso, una estructura dual del delito con su concepción del tipo de injusto, resultaría más adecuada a la esencia

aso "NJW\ 1956, ps. 1451/1452.
s»[1] *L.8.* (6), Prólogo, p. VI.

de la cosa y a los fundamentos 'del sistema finalista que los tipos abiertos [381a].

En el marco del sistema del derecho penal no habrá, por tanto, espacio para los tipos abiertos.

Con ello no quiere afirmarse que este concepto quizá no pueda resultar útil de otra manera. Sin duda es enteramente razonable caracterizar en una prescripción como la del § 240 del Código Penal, que hace depender la existencia de lo injusto punible de la "reprobabilidad" de la acción coactiva, de tipo "abierto", ya que al legislador no le ha sido posible allí captar en una descripción independiente el comportamiento prohibido. Con este concepto se designaría, entonces, todo tipo penal en los que el legislador hace uso, precisamente en el derecho penal, de las especialmente objetables "cláusulas generales". Si se quiere hablar en este sentido de tipos "abiertos" habrá que tener en cuenta que el concepto, importante ante todo con referencia al método de determinación del derecho aplicable, carece de significación en la sistemática jurídico-penal. La circunstancia que fundamenta la "reprobabilidad" de una acción en el sentido del § 240 del Código Penal, pertenecen en todos los casos al tipo, aunque deban

[381a] Hay que tener además en cuenta que al suponerse que la lesión del deber objetivo de cuidado es un presupuesto sólo de la antijuricidad, contradice la teoría también sostenida por Welzel según la cual la antijuricidad debe determinarse con idénticos criterios en todas las ramas del derecho; pues ni en el derecho civil (por ejemplo, en el caso de las vías de hecho prohibidas) ni en el derecho administrativo (por ejemplo, en la cuestión del acto administrativo defectuoso) es posible hacer depender la antijuricidad en general de la lesión del deber de cuidado, como lo ha demostrado convincentemente Stratenwerth, *Verantwortung und Gehorsam*, ps. 174 y ss. Su suposición respecto de una especial antijuricidad penal no requiere esto. Dado que la lesión del cuidado objetivo exigido es un presupuesto de la realización del tipo en los delitos culposos, según nuestra posición, resulta que faltando este elemento no podrá penarse "por delito culposo aunque el hecho pueda ser antijurídico conforme a criterios generales; por cierto que existen muchas más acciones antijurídicas además de las que son típicas.

ser determinadas por el juez. Para la solución de las cuestiones del error este concepto no podría de todos modos aportar gran cosa[382]. Por consiguiente, no tendría demasiada vinculación con los tipos abiertos de Welzel. Tampoco se da ninguna conexión en la selección de los tipos caracterizados por Welzel[383] como"'abiertos", pues con[L] ceptos tales como "competencia", "falta de autorización", "aprobación policial", etc., son claramente delimitados y precisamente determinados en su contenido. Sólo en los casos de los § 240 y 253 del Código Penal, se darán puntos de contacto. En su caracterización, hay cierta consonancia entre la exposición del Welzel y la significación que le hemos dado al concepto de los tipos abiertos[384].

III. *El tipo total como fundamento de la estructura del delito.*

Con el rechazo de los tipos abiertos, es decir, carentes de efecto indiciario de la antijuricidad, rio ha sido todavía decidida de manera definitiva la posición sistemática de los elementos del deber jurídico. Dado que estos elementos comprenden no sólo circunstancias positivas fundamentadoras de lo injusto, sino también, a menudo, circunstancias negativas que lo excluyen, se presenta el problema de si el tipo sistemático debe limitarse a los elementos contenidos en las disposiciones particulares de la parte especial, o si, al contrario, los presupuestos objetivos de las causas que excluyen lo injusto, los llamados elementos de la justificación, deben incluirse o no sistemáticamente como elementos del tipo. Ya hemos explicado[385] que en la teoría del error deben tratarse de la misma manera

382 Conf. *supra*, p. 243.
383 Conf. *supra*, ps. 6 y ss., 95.
38* *L.B.*, p. 72 (6).
3S5 Supra, ps. 177/249.

ambas especies de elementos, es decir, que la falta de conocimientos de circunstancias fundamentadoras de lo iiii justo son tan excluyentes del dolo como la falsa suposición de circunstancias excluyentes de lo injusto. Este hecho» decisivo en lo que respecta al tipo del error, no lo es con referencia a la configuración del tipo como concepto sistemático fundamental. Trataremos, por tanto, de brindar en *lo* que sigue una corta exposición de las ventajas del tipo total, ocupándonos luego de las críticas más esenciales contra esta solución.

1. *Las ventajas del tipo total.*

a) El tipo total es esencialmente correcto.

La idea según la cual el juicio de disvalor legislativo-está expresado en el tipo penal, es un fundamento por el cual las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación de lo injusto tanto como los elementos de la descripción particular del hecho. Naturalmente llevan a cabo esta función de otra manera: mientras los tipos penales de la parte especial describen directamente lo injusto jurídico-penal, los elementos de la justificación describen un comportamiento que precisamente no es contrario al derecho[380]. Esta descripción del comportamiento adecuado al derecho no contribuye, por eso, menos a la caracterización de lo injusto, ya que limita una descripción del hecho demasiado amplia y circunscribe lo injusto punible

380 Es dudoso que los elementos negativos no puedan concebirse por lo menos indirectamente como descriptivos de lo *injusto,* pues permiten reconocer el comportamiento realmente afectado por la prohibición. En contra decididamente Hardwig, "GA", 1956, ps. 376/377. Sin embargo, no se **trata** aquí de una cuestión terminológica: sobre el carácter determinante de lo injusto de los elementos de la justificación, no cabe duda alguna.

de manera clara[387]. Por tanto, es totalmente acertado designar estas circunstancias como "elementos limitadores del tipo penal"[888].

Teniendo en cuenta las mencionadas diferencias, parece ser totalmente razonable concebir un tipo descriptivo de lo injusto frente a otro tipo excluyente de lo injusto, en los que se agrupen ambas especies de elementos y proceder en la resolución de los casos concretos comprobando primero él tipo fundamentador de lo injusto y luego el excluyente de lo injusto. De todos modos es recomendable abarcar ambos tipos en un tipo total, pues ellos sirven de la misma manera a la tarea de definición de lo injusto jurídico-penal que constituye la esencia del tipo. Esto es ya así porque la distinción de las circunstancias fundamen-tadoras y las excluyentes de lo injusto tienen una naturaleza más formal que material. Por ello es que resulta, por ejemplo, indiferente —para tomar el caso de un elemento del deber jurídico— si en el supuesto del § 113 del Código Penal se considera la existencia de los presupuestos de la intervención de un funcionario de ejecución como una circunstancia que fundamenta lo injusto de la resistencia o si —lo que es objetivamente lo mismo— se trata el exceso de las facultades del funcionario como una circunstancia que excluye lo injusto de la resistencia a él. El cambio del punto de mira carece de toda significación para e) agrupamiento sistemático de estas circunstancias.

[387] De todos modos, es cuestionable si la no existencia de elementos justificantes puede caracterizarse como una circunstancia *fundamentadora* de lo injusto, como suele ocurrir. Esta forma de expresarse no puede ser co rrecta. porque la no existencia de algo difícilmente pueda servir para fundar la existencia de otro objeto. Por ello, las circunstancias justificantes sólo se caracterizan aquí como elementos "determinantes de lo injusto". Por lo demás —cualquiera que sea la designación que se dé a estos elementos—, es seguro que no pueden existir si se habla de la realización del tipo.

388 Engisch, *Vorsatz und Fährlässigkeit*, p. 1.1.

El tipo total se corresponde también mejor con el carácter de injusto del tipo penal, pues puede sortear defi ñitivamente la crítica de que alguien qué obra típicamente, pero justificadamente, obraría, de todas maneras, "en sí en forma antijurídica"[389]. Para el tipo total una acción justificada no es típica, y una acción típica es siempre antijurídica.

b) El tipo como "ratio essendi" de la antijuricidad.

Sólo el tipo total es capaz de realizar sin limitaciones la exigencia de la moderna teoría del tipo, según la cual éste debe ser *ratio essendi* de la antijuricidad. Si los presu puestos objetivos de la justificación no forman parte del tipo, se producirán dificultades en los casos en que una acción sea típica pero no antijurídica, como ocurre en la defensa necesaria. Es difícil comprender cuando se oye afirmar que en tales supuestos se da el fundamento de hecho de la antijuricidad a pesar de que la acción es conforme a derecho.

Esta falta de coordinación puede evitarse interpretando que la realización del tipo es *"ratio essendi* con respecto a la pertenencia del hecho al tipo de injusto, pero, al contrario, que es sólo *ratio cognoscendi* de la antijuricidad en el caso concreto", como hace Gallas [39c].

Ello es consecuente. Pero implica una clara limitación de la posición fundamental: el tipo deja de ser el fundamento de hecho de lo injusto punible para serlo solamente del tipo de injusto. Esta teoría no es, como lo piensa Gallas[301], "en cierto sentido la posición contraria" de la sostenida por Welzel, sino que importa sólo una postura intermedia entre la de Welzel y la que aquí hemos sostenido.

[389] Conf. *supra,* p. 67.
3oo "ZStW". 67, 1955, p. 23, nota 53a.
391 Lug. cit, p. 22.

Pero de todo ello surge también lo siguiente: si el tipo penal debe ser realmente *ratio essendi* de lo injusto (y no sólo del tipo de injusto), habrá que incluir en él todos los elementos determinantes de lo injusto, sean negativos o positivos. El tipo que sólo expresé un tipo de injusto, y no lo injusto, se queda a mitad de camino.

c) El tipo total como elemento fundamental y delimitador.

Un tipo penal, que resume en sí la totalidad de las circunstancias determinantes de lo injusto, resulta adecuado a las exigencias del elemento fundamental y delimitador de la estructura del delito.

Todas las acciones que se le subsumen a este tipo, expresan un elemento fundamental común: han merecido la reprobación del legislador y son, por tanto, socialmente dañosas y materialmente contrarias al derecho. Como consecuencia de este criterio uniforme, la pertenencia de un elemento al tipo penal es independiente de lo meramente exterior o casual: ello no depende de si la circunstancia de ^echo está contenida en una prescripción de la parte especial o en una disposición complementaria de la parte general (elemento negativo del tipo), o si el legislador la ha descrito o si es el juez quien debe deducirla de un vago concepto que requiere para su interpretación la definición de una premisa valorativa (§ 240, II, y 253, II), o si una apción conformadora de la situación de hecho resulta fijada mediante referencias al derecho administrativo o al procesal (§ 154), o si las circunstancias constitutivas del juicio de disvalor no están descritas y deben ser elaboradas por la ciencia y la jurisprudencia (delitos impropios de omisión, hechos culposos). Todas estas diferenciaciones, significativas en otras relaciones, pero en lo sistemático confusas, no deben tenerse en cuenta.

De esta manera, el tipo penal tendrá **un fundamen-**

to, en cierto modo apriorístico, aunque no arbitrario, y que se corresponderá con su esencia como tipo de injusto. Las insuficiencias, las faltas y los vacíos idiomáticos de la ley no repercuten negativamente. En la medida en que permite determinar la materia de la prohibición, el objeto de un juicio de valor, como es el caso en toda ley penal válida, el tipo puede verificarse sobre una base común a todo delito.

Las mismas ventajas se comprueban también en el tipo total cuando se lo considera como elemento delimitador. Sólo él garantiza que únicamente caerán bajo el concepto de tipo penal los comportamientos que son verdaderamente relevantes desde el punto de vista jurídico-penal, y sólo él posibilita una cierta delimitación en cierto modo indudable.

d) La función cognitiva del tipo total.

El tipo total cumple su función cognitiva mejor que todos los otros tipos penales: no solamente es un tipo sistemático, sino que a la vez lo es también del error[392], de tal manera que los límites del error de tipo y del error de prohibición, de la tentativa y el delito putativo, pueden deducirse de él. La utilización de un tipo que sólo tiene efecto indiciario de lo injusto llega, al contrario, a resultados inaceptables en materia de error (como Welzel, en la defensa necesaria putativa, etc.), o bien exige recurrir a la analogía para tratar ciertos errores, que no son "propiamente" un error de tipo, "como" si fueran tales, dado que "normalmente están mucho más cerca del error de tipo que del mero error de prohibición"[393].

M2 Conf. ps. 262/263. _

303 Asi argumenta el BGH, BGHSt, 3, 105 y ss. De la rhisini» maiiera* la. mayoría **de la Gran** .Gopiistóarde•■:**Derecho Pénaí} .conf. Welzel, *L.B.*, p.** 150 **(6)**

El tipo indiciario fracasa en la delimitación de tentativa y delito putativo. La construcción de los elementos subjetivos de la justificación —que no conduce a resultados totalmente correctos— se ve obligada a nivelar lo que no es nivelable[m]. Las analogías y las construcciones auxiliares se tornarán superfluas si se parte del concepto de tipo total.

e) El tipo total como consecuencia del concepto personal de lo injusto.

Sólo el tipo total se adecúa, además, a una creación dogmática de Welzel: el concepto personal de lo injusto.

La contradicción en que se halla esta teoría, tanto con respecto a los tipos abiertos como a los cerrados, ha sido ya discutida [39],\ Ella sólo podrá evitarse por medio del tipo total:

Si el disvalor de la acción de los delitos dolosos reside en la realización conciente de un hecho contrario a la comunidad, de tal manera que un tipo que contenga todas las circunstancias determinantes de lo injusto expresará también claramente la "actitud" del autor, mediante la cual en el "hecho queda estampado su sello"[896], es evidente que ello ocurrirá sólo cuando el hecho tenga un contenido de injusto material. Si apareciera un caso en el cual el conocimiento de todas las circunstancias de hecho no permitieran expresar el disvalor del acto y, por tanto, el aspecto personal de lo injusto, ello no será consecuencia de la imperfección del tipo total, sino de la disposición penal correspondiente: se tratará, entonces, de un delito. del derecho penal contravencional, carente de un contenido material de lo injusto.

[304] Conf. *supra*, ps. 253 y ss so»
Supra, ps. 139/146. 39« *L.B.*, p. 5 (5).

El tipo total resulta, pues, adecuado al concepto personal de lo injusto de la manera más amplia posible: conforme a él, el autor deberá realizar todas aquellas circunstancias decisivas para lo injusto concientemente, si es que debe formulársele el reproche de haber actuado dolosamente. Esto ha sido reconocido claramente tanto por los finalistas como Schaffstein[397], como también por los opositores de la teoría final de la acción, como Lang-Hinrichsen[398]. La objeción que contra ello formula Wel-zel no logra abrirse paso[399]: el tipo penal total es la consecuencia necesaria de un concepto personal de lo injusto.

/) *El tipo total como expresión del contenido de significación social del hecho.*

Por otra parte, el tipo total permite dar satisfacción a otros requerimientos de la moderna teoría con los cuales Welzel ha comulgado: junto a los sucesos exteriores sensiblemente perceptibles es posible abarcar en él todo el contenido de significación social de un hecho. Los tipos supraabarcadores *(die übergreifenden Tatbestände)* no tienen esta capacidad[400]. Un asesinato y un homicidio en defensa necesaria tienen desde el punto de vista de la percepción sensible la misma apariencia. El contenido de significación de estos hechos es, sin embargo, esencialmente diverso. Si para la realización del tipo sólo es necesario el conocimiento del matar a otro, mientras el resto de las circunstancias del hecho y la representación que el autor se hace de ellas, son irrelevantes, el tipo perderá, precisamente, los elementos decisivos para la significación de él.

3»T "MDR", 1951, ps. 196/200.
r,98 "JR", X952, ps. 184 y ss.
a«» *Supra,* **ps. 145/146.**
■t00 **En particular,** *supra;* **ps. 146/152.**

Al contrario, el tipo total alcanza todas las circunstancias significativas con respecto a la antijuricidad en toda su significación social. Sólo él puede superar definitivamente la separación de valor y ser valorativamente neutro y poner en el centro del sistema jurídico-penal una realidad liberada de toda abstracción naturalista y capaz de contener el valor.

De esta manera se demuestra que el tipo total ofrece numerosas ventajas como concepto básico de la sistemática jurídico-penal: realiza completamente la moderna idea del carácter de injusto del tipo penal *(a),* muestra al tipo claramente como la *ratio essendi* de lo injusto punible *(b),* es sistemáticamente utilizable tanto como elemento fundamentador como delimitador (c), tiene una considerable significación didáctica con respecto a la teoría del error y de la tentativa *(d)* y cumple con las propias exigencias de Welzel y con los progresos dogmáticos de la teoría final de la acción mejor de lo que podría hacerlo cualquier otro tipo penal, en tanto expresa lo injusto personal *(e)* y el sentido social de la acción (/) de una manera tan clara como resulta posible.

La posición del "tipo total de injusto", sin embargo, sólo puede quedar definitivamente asegurada si, aunque sea brevemente, nos ocupamos de las objeciones esenciales que se le han hecho.

2. *Las objeciones contra el tipo total.*

a) La confusión de la diferencia valorativa elemental del derecho.

Un tipo penal que abarca la totalidad de los elementos determinantes de lo injusto no deja lugar a una comprobación especial de la antijuricidad. Si se incluyen los presupuestos objetivos de las causas que excluyen lo injusto, como elementos negativos del tipo, en el tipo sis-

temático, así como el deber de acción de los delitos impropios de omisión, todo comportamiento adecuado al tipo será indudablemente antijurídico[401].

En cambio, es posible afirmar que esta solución reduce a la nada diferencias válorativas de significación jurídico-penal. Welzel señala constantemente que bajo estas condiciones la muerte de un hombre producida en defensa necesaria no tendría sino la misma significación jurídica que la muerte de un mosquito: "Ambos serían sucesos no adecuados al tipo"[402]. Según su punto de vista, esta teoría es

> "evidentemente falsa... Confunde un nivel especial de valoración del derecho, la esfera de lo permitido, con la de lo jurídicamente irrelevante. La muerte de un mosquito, en tanto no adecuada a un tipo penal, es jurídicamente irrelevante. La muerte de un hombre producida en defensa necesaria es un suceso jurídicamente relevante, y, por tanto, una acción típica, aunque permitida. Hay comportamientos jurídicamente relevantes —típicamente adecuados— que están prohibidos (antijurídicos), y hay también comportamientos jurídicamente relevantes —típicamente adecuados— que están permitidos (adecuados a derecho), y hay finalmente una cantidad inmensa de sucesos jurídicamente irrelevantes que no se adecúan a tipo alguno. Las causas de justificación son proposiciones permisivas, cuya existencia autoriza la realización de una conducta jurídicamente relevante y típicamente adecuada" [403].

Esta crítica sería acertada si la distinción tan decididamente propuesta por Welzel entre lo jurídicamente irrelevante y lo permitido fuera sistemáticamente tan fructífera que de renunciarse a ella se perdería toda claridad sistemática.

[401] Conf. *supra,* p. 68.

[402] "ZStW", 67, 1955, p. 210; sobre los problemas de error que se dan en este contexto, conf. *supra,* p. 202.

[403] Lug. cit, p. 211.

Pero esto es, sin embargo, dudoso. Para la sistemática del derecho penal es muy poco lo que se gana con esta distinción.

En primer lugar, ella resulta tan imprecisa como el concepto tradicional del tipo de injusto. La acción jurídicamente irrelevante y la acción permitida no se delimitan claramente una de la otra. Repetidamente se ha visto que el criterio material con que Welzel quiere llevar a cabo la distinción —el elemento de la falta de habituali-dad social— no puede cumplir esta función[404]. Esta circunstancia fractura ya la utilización sistemática de la distinción.

Pero en segundo lugar no puede comprenderse —aunque se prescinda de las dificultades de la delimitación— cómo se dan aquí estas "diferencias valorativas elementales del derecho"[405]. Por cierto, existe una diferencia esencial entre el matar a un mosquito y un asesinato en defensa necesaria cometido con un arma de fuego. Pero el problema consiste en saber si esta diferencia es decisiva para el juzgamiento jurídico-penal del caso. Y ello debe responderse negativamente. En ninguno de los dos casos existe la menor sombra de una desaprobación jurídica de la acción correspondiente. La innegable diferencia de ambos actos, considerados desde el punto de vista social, no repercute en el ámbito jurídico-penal. Esto es lo importante.

Si la diferencia se estableciera de forma tal que en un caso, de todos modos, es necesario comenzar con una comprobación jurídico-penal, mientras que en el otro el suceso está totalmente fuera del círculo de las consideraciones juridico-penales, habrá que hacer notar que también muchas otras acciones exigen una seria verificación jurídica, y re-

> Conf. *supra,* ps. 205/206. [408]
Lug. cit, p. 210.

sultán "jurídicamente relevantes" aunque se llegue a la conclusión de que se trata de un suceso que no se adecúa a un tipo penal. Piénsese, por ej., en el encubrimiento: esta acción no queda fuera de consideración con el primer golpe de vista, sino que requiere un estudio pormenorizado.

Por otra parte, conforme a la concepción de Welzel, la disposición del juez de abrir correspondencia en un proceso penal, que se realiza en virtud de los § 99 y 100 de la Ordenanza Procesal Penal, es jurídico-penalmente relevante y debe separarse claramente del ámbito de las acciones irrelevantes, aunque aquí se comprende inmediatamente que no puede tomarse seriamente en consideración la existencia de una acción punible [405]\

Por ello, aunque se quisiera caracterizar como "jurídicamente relevante" todo comportamiento que entre en consideración para una discusión jurídico-penal, los límites con respecto a lo jurídico-penalmente indiferente no corren por el lugar en que Welzel los ha trazado. Existen, por tanto, acciones jurídicamente relevantes que no son típicas, y realizaciones de un tipo penal que son jurídico-penalmente casi irrelevantes.

Finalmente, debemos ocuparnos de la argumentación de Gallas, quien a pesar de rechazar los elementos del deber jurídico[406], coincide con Welzel "en la oposición al intento de conectar las causas de justificación como elementos negativos del tipo con el concepto sistemático de él"[407]. Gallas fundamenta su rechazo afirmando "que el tipo como corporización del tipo de delito no debe abarcar

405a E$_{n\ e}$l mismo sentido de nuestra concepción en lo que respecta a la acción del funcionario se expresa el discípulo de Welzel, Stratenwerth, *Verantwortung und Gehorsam*, p. 177: "El funcionario que ejecuta un acto de autoridad objetivamente fundado, no trasgrede con permiso una norma prohibitiva, sino que cumple con una norma imperativa".

406 Sobre la contradicción a que llega, conf. *supra*, v>s. 167 y ss.

407 "ZStW", 67, 1955, ps. 27/28.

también aquellos momentos que yacen fuera de este último". El tipo total, según su opinión, implicaría "renunciar a la función tipificadora del tipo penal"[408]. Esto es correcto si por típico sólo se entiende lo "regular": la realización del tipo, según nuestra concepción, nó es sólo regularmente, sino en todos los casos un injusto. Sin embargo, éste no sería un argumento aceptable contra el tipo total, sino una mera comprobación. Con la palabra *"Typus"* Gallas quiere caracterizar más. Un *Typus* es para él una estructura de pensamiento, que presenta una "unidad de sentido", que tiene un "sentido propio objetivo". "Los tipos de delito no son meros productos jurídicos artificiales, sino que surgen de sucesos vitales, que expresan una unidad de sentido como tales. Esta unidad de sentido —podría deducirse— se vería perturbada, en la opinión de Gallas, por el tipo total.

La unidad de sentido de los sucesos descritos mediante el tipo indiciario no es, sin embargo, tal. El homicidio brutal, cometido para defenderse del ataque de un ladrón y la muerte de un enemigo en la guerra —dos acciones adecuadas al tipo, según Gallas, en el sentido del § 212 del Código Penal—, no importan un tipo de acción unitario con una "unidad de sentido objetiva". No sólo jurídicamente, sino también en un sentido moral, social y psicológico se trata aquí de sucesos que corresponden a especies totalmente distintas, cuya única conexión es cierta semejanza en sus aspectos externos naturales. El tipo "muerte de un hombre" es, de hecho, un "producto jurídico artificial" sin "sentido propio", y en su descuido no puede verse una falla sistemática. Los conceptos "homicidio", "muerte en guerra" y "muerte en defensa necesaria" describen auténticas unidades de sentido social; éstas son en verdad las "diferencias elementales de valor del derecho",

«•» Lug. cit, nota 58a.

que resultan innecesariamente ocultadas mediante su inclusión en un concepto unita'rio. Si bien se ve, el tipo total se corresponde con la intención de Gallas mejor de lo que lo hace el tipo indiciario.

Por tanto, no es acertado afirmar que el tipo total equipara diferencias valorativas de verdadera significación para el derecho penal.

b) La subjetivación de lo injusto.

Una segunda objeción esencial se dirige contra la subjetivación de la teoría de lo injusto por medio del tipo total. Si todas las circunstancias determinantes de lo injusto y el dolo a ellas referido se integran en el tipo penal, resultaría que numerosas acciones, que antes sólo quedaban fuera de consideración para el derecho penal en el ámbito de la culpabilidad, se excluirían ahora de esta consideración ya en el ámbito del tipo penal. La defensa necesaria putativa ya no sería más típicamente adecuada. Por esto, dice, por ejemplo, Lang-Hinrichsen[409]: "Conforme a ella (a esta teoría) desaparecía toda distinción entre auténticas causas de justificación y las causas de justificación putativas, en la medida en que la suposición errónea de elementos de la justificación sea inevitable; por consiguiente, la defensa necesaria real y la supuesta, estarían en el mismo plano. En ambos casos se excluiría la antijuricidad. De esta manera, la antijuricidad dependería de las representaciones del autor, las que decidirían qué es antijurídico y qué adecuado a derecho". Estas objeciones alcanzan menos al tipo total que a la teoría final de la acción, pues sólo aparecen si el dolo es trasladado al nivel del tipo penal. La cuestión de si esto es necesario y correcto no requiere ser resuelta en esta investigación. En todo caso, ya

409 "JR", 1952, p. 187.

mucho antes del desarrollo de la teoría final de la acción, Engisch y Radbruch habían llevado a todas las circunstancias fundamentadoras de lo injusto a formar parte sistemáticamente del concepto de tipo penal[410], y el propio Lang-Hinrichsen, que acuñó el concepto de tipo total, hace lo mismo[411].

En consecuencia, puede decirse: que el tipo total es neutral en lo que respecta a la discusión dogmática referida a la ubicación del dolo. Ni excluye a la teoría final, de la acción, ni deja fuera a la teoría causal. Si se lo acopla a un concepto final de acción, habrá que reconocer que producirá una subjetivación de lo injusto en relación con el concepto de tipo penal de Welzel. Pero esto es naturalmente sólo una consecuencia del concepto personal de lo injusto[412].

Fuera de ello, las consecuencias de esta subjetivación no son tan objetables como a primera vista lo parecen. No es correcto afirmar que de esta manera la antijuricidad dependería de las representaciones del autor y terminaría en una desafortunada oposición con respecto a las teorías objetivas de la antijuricidad del derecho civil, como lo supone Lang-Hinrichsen. El principio de que todo comportamiento típico es también antijurídico no debe malinterpretarse en el sentido de que sólo el comportamiento típico podría ser antijurídico.

Una antijuricidad específicamente jurídico-penal no existe[413]. La antigua figura de Beling de los dos círculos secantes[414], con la cual se quería reflejar las relaciones entre tipicidad y antijuricidad requiere, por tanto, una

[411] Conf. *supra*, p. 67. 4U
»JR^ 1952, p. 307.
[412] Conf. *supra*, ps. 139/148.
[413] En este sentido, y con razón, Welzel, *L.B.*, p. 48. Conf. también *supra*, nota 381a.
[414] *Lehre vom Verbrechen*, p. 146.

pequeña corrección: puede pensarse en dos círculos concéntricos, de los cuales el más- pequeño representa al tipo penal y el más grande a la antijuricidad. De esta forma se comprenderá que no se da un comportamiento típicamente adecuado que no ocurra dentro del ámbito, de la antijuricidad, pero que una conducta antijurídica de ninguna manera debe ser necesariamente típica. De ello se deduce lo siguiente: si un error excluye la realización del tipo subjetivo y de esta manera, en general, la adecuación típica, la antijuricidad no tiene por qué resultar al mismo tiempo excluida, porque la acción puede ser, de todos modos, conforme a las normas del derecho civil, o de otras ramas del derecho, antijurídica. Si éste es el caso también en el sentido del § 53 del Código Penal habrá una acción antijurídica y será posible admitir defensa necesaria contra ella. En consecuencia, el tipo total no reclama, ni siquiera desde el punto de vista de la teoría final de la acción, la distinción de un concepto especial de antijuricidad para el derecho penal y de otro válido para el resto del derecho. De esta manera, la variante finalista del tipo total no conduce a la conclusión de "que una acción pueda ser con respecto a la misma persona, a la vez antijurídica y adecuada al derecho"[415].

Distinta es la cuestión con relación al concepto de injusto jurídico-penal, que de todos modos, sólo expresa un carácter especial propio con relación al derecho penal. "Injusto punible" es un comportamiento típico y antijurídico, y este injusto depende, en realidad, a través del tipo total finalista, de las representaciones y de la actitud del autor. Esto, sin embargo, no es una consecuencia accesoria, ni buena ni mala, sino precisamente uno de los puntos de partida esenciales de la teoría final de la acción, de donde surge el concepto personal de lo injusto. La cuestión

«5 Lang-Hinrichsen, "JR", 1952, p. 187.

de si desde el punto de vista de la dignidad humana y de la seguridad jurídica habría realmente que rechazar este concepto de lo injusto*[16], no debería ser problemático. Hay mucho en favor de la afirmación de que este concepto permite comprender más profundamente la esencia de lo injusto jurídico-penal que la teoría tradicional ligada solamente al disvalor del resultado. Sin embargo, esto no puede discutirse más prolijamente en este lugar.

Una objetable confusión sistemática se produciría sólo en el caso en que la conciencia de la antijuricidad se introdujera en el ámbito de lo injusto; éste sería el caso si los elementos del deber jurídico se introdujeran sin ninguna limitación en el tipo penal[417]. Sin embargo, este peligro ha sido superado por nuestra solución: dado que el autor sólo necesita representarse los elementos descriptivos del hecho que corresponden a aquellos que comprenden la antijuricidad, la conciencia de la antijuricidad no será un presupuesto de la realización del tipo subjetivo.

Para terminar, sólo una palabra con respecto a la subjetivización de la teoría de la culpabilidad[418]: el tipo total como tipo del error disminuye, por cierto, si se lo conecta con la teoría de la culpabilidad, el número de errores de prohibición en relación a la teoría de Welzel. Pero de todos modos se adecúa mejor a los principios de la ética de la responsabilidad que la teoría del dolo. Por qué razón el tipo total brinda los fundamentos adecuados para la teoría del error ha sido ya explicado en sus particularidades[419]. Aquí resulta suficiente con la repetida comprobación de que de ninguna manera conduce a una subjetivación insoportable, sino que delimita de modo adecuado el campo correspondiente a la pena del delito doloso y a la del culposo.

[41]« Como lo acepta Würtenberger, *Die geistige Situation,* ps. 47-67.
■«7 Conf. *supra,* p. 162.
«* Conf. *supta,* p. 15S.
*» *Supra,* p. 180.

De esta manera, llegamos al siguiente resultado: él reproche de que el tipo total facilitaría una corriente subjetivista en el derecho penal, es infundado. Esta concepción del tipo es en primer lugar independiente de la teoría final de la acción y permite, por tanto, una amplia teoría objetiva de lo injusto, y en segundo lugar no conduce, dentro de la estructura del delito finalista, a confusiones sistemáticas ni a consecuencias dogmáticas intolerables.

c) La incompatibilidad del tipo total con la teoría de la culpabilidad.

La última crítica que corresponde tratar aquí presupone la identidad del tipo sistemático y del tipo del error. Dado que según los resultados de nuestra investigación ambos tipos se superponen en tanto comprenden todas las circunstancias objetivas que tienen significación para la antijuricidad, no podemos pasar por alto las críticas que se deducen de ello. Lange [42°] ha objetado "que una... conjunción del objeto de la valoración y la valoración del objeto —tal como ella aparece en este concepto de «tipo de injusto»— no se adecúa a una construcción de la culpabilidad que se apoya en la estricta separación de ambos elementos". Ello significa que cuanto más se estrecha la distancia entre el tipo y lo injusto, cada vez resulta menos separable el conocimiento del tipo del conocimiento de lo injusto, y por consiguiente, la teoría de la culpabilidad resulta cada vez menos adecuada para la solución de los problemas del error[421]. Lange estima, por tanto, que en relación a los elementos del deber jurídico, Welzel "sólo es consecuente cuando quiere adecuar la relación adecuación típica-antijuricidad a la relación dolo-reprochabilidad".

420 ..*jz*^ 1953j p 13

421 Esta opinión es representada con especial energía por Lang-Hinrichsen, "JR", 1952, p. 356, y "JZ", 1953, ps. 366/367.

Esto mismo podría quizá formularse de la siguiente manera: si toda conducta típica es antijurídica, el conocimiento del tipo tiene que significar a la vez el conocimiento de la antíjuricidad, con lo cual la teoría de la culpabilidad quedaría rebatida. O, dicho de otra manera, invir-tiendo el argumento: si la teoría de la culpabilidad es correcta, el tipo debe separarse todo lo posible de la anti-juricidad, es decir, debe ser construido tan "valorativa-mente neutro" como sea posible. La argumentación tiende a demostrar que el tipo total no resultaría compatible con la teoría de la culpabilidad.

Esta objeción, que es ante todo una simplificación, no resiste una consideración profunda. Con ella se soslaya el hecho de que la conexión necesaria de tipo y reproba ción legal, objetivamente existente, de ninguna manera tie ne que realizarse también en la subjetividad del autor. Esto no podría expresarse mejor de lo que Busch[422] lo ha hecho: "Se trata de algo evidentemente doble; por un lado, des cribir un comportamiento (desaprobado) en un espacio social, y por otro lado, desaprobar este comportamiento con el juicio de disvalor «injusto». Correspondientemente se dan también dos aspectos; captar y conocer el comportamiento (desaprobado) en los elementos que dan motivo a la desaprobación y la reprobación del comportamiento del cual se conocen sus elementos". Desde un punto de vista lógico-teorético la unidad de tipo e injusto no excluye, por tanto, la separación del conocimiento del tipo del conocimiento de lo injusto.

Es del caso preguntarse si en la práctica no terminarían ambos conocimientos superponiéndose, dado que la descripción de lo injusto está totalmente impregnada por la desaprobación del legislador, de manera tal que la separación de ambos. ya no resulta posible. Especialmente

**[2] *Mezger Festschrift,* p. 171.

Lang-Hinrichsen ha señalado que cada elemento del tipo penal no debe entenderse desde un punto de vista aislado, sino en relación a lo injusto del hecho total. Esto rige para los elementos descriptivos; se trata "del perro... en el sentido de la reglamentación que establece los impuestos sobre estos animales, es decir, siempre será un perro jurídico, y el queso, en el sentido de una disposición del derecho económico, es decir, un queso jurídico... La valoración individual presupone siempre la valoración total y sólo puede llevarse a cabo a partir de esta última"[4M].

La cuestión desemboca, de esta manera, en el gran problema que se desarrolla a través de la teoría del tipo y del error[424]: se trata de saber si la valoración individual que debe llevar a cabo el autor, su "conocimiento de la significación", puede separarse de la valoración jurídica total del hecho. Se trata de una cuestión decisiva para toda teoría de la culpabilidad, que se impondrá o no según la respuesta que pueda darse a esta cuestión. No necesitamos ocuparnos de manera más detallada de este problema, pues toda la investigación presente está destinada a la aclaración de él. Ya hemos visto que en los elementos del deber jurídico esta separación no puede llevarse a cabo si se los trata como puras circunstancias de hecho. Por ello es que se requiere la distinción de los elementos descriptivos del hecho y de los que llevan a cabo una valoración total. La idea que existe detrás de esta solución tiene validez general: el conocimiento del tipo está integrado también por la comprensión del sentido del suceso ocurrido[425] —en la medida en que es posible separarlo de la valoración jurídica total—. En esto veo también el sen-

<2s "jz", 1953, p. 367.

[2] Conf. *supra,* ps. 56/81 y 146/152, especialmente 147. [425] Por lo que un mero tipo indíciario **resulta** insuficiente; ***tupra,*** p*. 146/152 y 280.

tido profundo de la teoría de la valoración paralela en la esfera del lego: El autor no necesita subsumir exactamente su hecho bajo los conceptos jurídicos, sino que resulta suficiente con la valoración social corriente. Precisamente por ello es que no necesita saber que se trata de un "queso jurídico" en el sentido de un reglamento concreto, sino que sólo se requiere que conozca las propiedades objetivas de la correspondiente especie de queso, que han determinado su incorporación a un tipo penal.

De la misma manera es posible llevar a cabo la separación del conocimiento del tipo y del conocimiento de lo injusto con respecto a los elementos negativos del tipo total. Un elemento típico del deber jurídico se da, por ejemplo, en el concepto de "antijuricidad" de la agresión en el § 53 del Código Penal. Quien supone que no es atacado antijurídicamente[42]*, no puede suponer que está autorizado a resistir. La palabrita "antijurídico", que a primera vista sólo parece caracterizar más precisamente a un elemento particular del tipo (la palabra "agresión"), en realidad, valora al mismo tiempo el hecho en su totalidad. Por tanto, no toda suposición errónea de la "antijuricidad" de una agresión excluye el dolo de quien se resiste[427], sino que habrá que distinguir si el autor ha obrado sobre circunstancias objetivas determinantes de lo injusto, o sólo sobre la antijuricidad de su comportamiento. Este ejemplo, de un elemento "negativo" del deber jurídico, muestra con especial claridad que los elementos comprensivos de la antijuricidad no sólo entran en consideración en los tipos "abiertos", sino también en aquellos que tienen la capacidad de indicar lo injusto.

De todo esto surge la siguiente conclusión: si el tipo

[428] Esta inversión resulta necesaria a causa de la naturaleza negativa de los elementos.

[427] Como Schaffstein, "MDR", 1951, p. 197, parece aceptar.

sistemático se concibe como un tipo total, la objeción de que la identidad de tipo e injusto no permitiría una clara separación metodológica y sistemática de dolo y conciencia de la antijuricidad, tiene algún peso. Sin embargo, en los elementos habituales del tipo su importancia será sensiblemente disminuida mediante la "teoría de la valoración paralela", y en los casos especialmente difíciles, de las circunstancias abarcaduras o comprensivas de la antijuricidad, mediante la "teoría de la separación" seguida por nosotros. Por tanto, con este argumento nada puede alegarse en favor de la necesidad de un tipo valorativamente neutro o limitado a una parte de los elementos fundamentadores de lo injusto.

3. *Resultado.*

Las objeciones traídas a consideración contra el tipo total como fundamento de la estructura del delito no son concluyentes. El tipo total resulta desde puntos de vista sistemáticos, dogmáticos y prácticos, preferible a un tipo penal que sólo contenga los elementos de las prescripciones penales de la Parte Especial[428]. Sólo el tipo total es realmente un tipo "cerrado", pues comprende la totalidad del sustrato correspondiente al juicio de injusto.

De ello se deduce que todas las circunstancias descriptivas y determinantes de lo injusto, que aparecen comprendidas en los elementos del deber jurídico, son también parte sistemática del tipo. Los presupuestos bajo los cuales un funcionario puede excederse, las circunstancias y situaciones que fundamentan el deber de evitar el resultado para un omitente, las diversas autoridades con facultades para tomar juramento, los presupuestos objetivos de una "autorización", son todos casos de circunstancias que

«3 Conf. *supra*, p. 280.

deben verificarse en el momento de la comprobación de la adecuación típica. Es irrelevante si se trata dé circuristán-.-cias de hecho del tipo indicíario o de presupuestos de la justificación.

De esto surge también que en una solución diversificada de los problemas del error y de los problemas sistemáticos del tipo del error y del tipo sistemático, éstos se superponen por lo menos en cuanto ambos comprenden los presupuestos objetivos del juicio de injusto. En lo de-más, las relaciones de ambas especies de tipos no son ya materia de este trabajo. La cuestión de si el dolo y otros elementos subjetivos, como el ánimo, el propósito y la tendencia del autor, pertenecen sistemáticamente al tipo o a la culpabilidad, así como la cuestión de si el tipo del error debe abarcar estos elementos, es decir, si el autor debe saber, que obra, por ejemplo, cruelmente, o la cuestión de si los presupuestos de las causas que excluyen la culpabilidad —por ej., el estado de necesidad—, pertenecen al tipo del error, de tal manera que un error sobre ellos eliminaría el dolo, son todos problemas importantes que en gran medida todavía no han sido aclarados y que no pueden investigarse en el marco de este trabajo.

Aquí sólo puede intentarse aclarar los problemas que los elementos del deber jurídico generan en el ámbito de la teoría del error, de la delimitación de la tentativa v de la estructura del sistema.

E) FINAL

Los resultados alcanzados en este trabajo, pueden siritetizarse en pocas frases:

I. Tipos "abiertos" en el sentido de Welzel no existen. Sea que se conciba el tipo penal, en virtud del § 59 del Código Penal, como objeto de referencia del dolo (tipo

del error) o que independientemente de ello se lo conciba como concepto sistemático fundamental (tipo sistemático), río habrá un tipo neutral frente a la antijuricidad que no sea siquiera capaz de cumplir una función indiciaría respecto de lo injusto. El tipo comprende en este como en otro sentido todas las circunstancias decisivas para lo injusto punible, aunque no la antijuricidad. Ésta es una consecuencia necesaria, pero no un componente de la realización del tipo.

II. Al contrario, existen los elementos del deber jurídico. Mediante los criterios de Welzel, estos elementos no resultan correctamente descritos ni claramente delimitados, aunque constituyen, sin embargo, un grupo determinado: no se trata de que sean "especiales momentos de la antijuricidad", sino de circunstancias comprensivas de la antijuricidad cuya función es fundamentar o excluir lo injusto, y que al mismo tiempo, siempre, o por regla general, alojan la antijuricidad formal. Una aclaración de su posición sistemática, así como de *los* problemas que de ellos surgen en relación al error y a la tentativa, se resuelven separando los elementos determinantes de lo injusto y to-tal-valoradores. En la medida en que ellos contienen las circunstancias objetivas pertenecientes al sustrato del juicio de injusto, pertenecen sistemáticamente al tipo, y su desconocimiento excluirá el dolo, así como la suposición errónea de ellos servirá para fundamentar la existencia de una tentativa; pero en la medida en que ellos subrayan la antijuricidad, sólo acentúan la consecuencia necesaria de la acción típica y su desconocimiento deja el dolo intacto, así como su suposición errónea conduce a un delito putativo.

B I B L I O G R A F Í A

Arndt: *Wehrstrafrecht,* 1958.

Baumann: *Schuldtheorie und Verbotsirrtum im Zivilrecht?,* en "Archiv für die civilistiche Praxis", vol. 156, 1936, ps. 495/519. Beling: *Die Lehre vom Verbrechen* (cit: *L. v.V.).*

— *Grundzüge des Strafrechts,* 8^ y 9* ed., 1925.

— *Die Lehre vom Tatbestand,* 1930.

Bemman: *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit,* 1957. Binding: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts,* Besonderer Teil, Zweiter Band, Zweite Abteilung, 1905.

— *Die Normen und ihre Übertretung,* vols. I a IV, 1914-1919.

— *Die Schuld im deutschen Strafrecht,* 1919.

Bindokat: *Kritisches zum Verbotsirrtum,* en "JZ", 1953, ps. 71/75.

Bockelmann: *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme,* 1949.

— *Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat,* en "NJW", 1951, ps. 620/624.

— *Nochmals über das Verliältnis von Täterschaft und Teilnahme,* en "GA", 1954, ps. 193/210.

Börker: *Der Irrtum des Unterhssungstäters über die Rechtspflicht zum Handeln,* en "JR", 1956, ps. 87/90. Bruns, Hermann: *Kritik der Lehre vom Tatbestand,* 1932. Bruns, H.-J.: *Besprechung der 3. Aufl. des Lehrbuches von Welzel,* en "JZ" 1954, ps. 713/715.

— *Der untaugliche Täter im Strafrecht,* 1955.

Busch: *Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum,* en *Festschrift für Edmund Mezger,* 1954, ps. 165/181.

Dahm: *Verbrechen und Tatbestand,* 1935. Dalcke: *Strafrecht und Strafverfahren,* ,3o[9] ed., 1955.

Dohna, Graf zu: *Die Rechtswidrigkeit,* 1903.
--- *Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4? ed., 1950.
Dreher-Maassen: *Strafgesetzbuch,* 2? ed-, 1936.
Eichmann: *Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen,* Strafrechtliche Abhandlungen, fase. 255, 1929.
Engisch: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Straf-recht,* 1930.
— *Der filíale Handlungsbegriff,* en *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch,* 1944, ps. 141/179.
— *Die normativen Tatbestandeselemente im Strafrecht, en Festschrift für Edmund Mezger,* 1954, ps. 127/163.
— *Zum Begriff des Mordes,* en "GA", 1955, ps. 161/167.
— *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven* Tatbestands- -und *Unrechtselementen,* en Fcst-*schrift für Theodor Rittler,* 1957, ps. 165/183.
Fischer, H. A.: *Die Rechtstoidrigkeit,* 1911.
Frank: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,* 18^ ed., 1931.
Fukuda: *Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe,* en "JZ", 1958, ps. 143/148. Gallas: *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 12.2.52 (Beteiligung zam Selbstmord),* en "JZ", 1952, ps. 371/373.
— Zum *gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen,* en "ZStW", vol. 67, 1955, ps. 1/47.
Gerland: *Deutsches Reichsstrafrecht, 2?* ed., 1932. Grünhut: *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht,* 1926. Hardwig: *Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,* en "ZStW, vol. 68, 1956, ps. 14/40.
— *Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum,* en "GA", 1956, ps. 369/379.
Härtung: *Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Frage des Verbotsirrtums,* en "NJW, 1932, ps. 761/765.
— *Der "Badewannenfaü",* en "JZ", 1954, ps. 430/431.
Hegler: *Die Merkmale des Verbrechens,* en "ZStW", vol. 36, 1915, ps. 19/44. Heitzer: *Der Schuldbegriff bei Delikten gegen den Staat,* en "NJW', 1952, ps. 729/730. Henkel: *Strafverfahrensrecht,* 1953.
— *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip,* en *Festschrift für Edmund Mezger,* 1954, ps. 249/309.
— *Anmerkung zu einer Entsch. des OLG Stuttgart v. 17.2.1956 zu* § *222 StGB,* en "NJW", 1956, ps. 1451/1452.
— *Recht und Individualität,* 1958.

Hippel. R. v.: *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum,* en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil,* vol. III, 1908, ps. 373/599.

— *Deutsches Strafrecht;* vol. I, 1925; vol. II, 1930.

Hirsch: *Ist die versuchte falsche eidesstattliche Versicherung noch strafbar?,* en "JZ", 1955, ps. 234/235.

Hofacker: *Die Leipziger Kriegsprozesse,* en "ZStW", vol. 43, 1922, ps. 649/674.

Kaufmann, Armin: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik,* 1954.

— *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung,* en "JZ", 1955, ps. 37/41.

Kaufmann, Arthur: *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts,* 1949.

— *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen,* en "JZ", — 1954, ps. 633/659.

— *Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum,* en "JZ", 1956, ps. 353/358.

Kern: *Anmerkung zu dem Urteil des RG v. 26.9.1930 zu* § *284, 285, 59 StGB,* en "JW", 1930, ps. 3857 y ss.

Kohlrausch-Lange: *Strafgesetzbuch,* 41? ed., 1956.

Lampe: *Über den personalen Unrechtsbegriff im Strafrecht, ungedruckte Dissertation,* Göttingen, 1954.

Lange: *Besprechung der 2. Auflage von Welzels "Grundzügen',* en "ZStW", vol. 63, 1951, ps. 470/477.

— *Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung. Zugleich ein Beitrag zur Tatbestands- und Irrtumslehre sowie zum ärztlichen Berufsrecht,* en "JZ", 1953, ps. 9/15.

— *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre,* en "JZ", 1956, ps. 73/79.

— *Die Magna Charta der anständigen Leute,* en "JZ", 1956, ps. 519/524.

— *Nur eine Ordnungswidrigkeit?,* en "JZ", 1937, ps. 233/239.

Lang-Hinrichsen: *Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum,* en "JR", 1952, ps. 184/192.

— *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum,* en "JR", 1952, ps. 302/307 y 356/358.

— *Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,* en "JZ", 1953, ps. 362/367.

Leipziger Kommentar, fundado por Ebermayer-Lobe-Rosenberg, vol. I, Einleitung und § 1-152,' wenn nichts anderes vermerkt 8. Aufl., 1957. Band 2, § 153-370, Einführungsgesetz, 6. u. 7. Aufl., 1957/1958 (cit: *LK).*

v. Liszt-Schmidt: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* 25* ed., 1927.

— *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* vol. I, 26? ed., 1932.

Maihof er: *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem,* 1953.

Maurach: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1954.

— *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil,* P ed., 1952; 2? ed., 1956.

Mayer, Hellmuth: *Der Bundesgerichtshof über das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit,* en "MDR", 1952, ps. 392/394.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1953.

— *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände,* en "JZ", 1953, ps. 105/106.

— *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände,* en *Materialien zur Strafrechtsreform,* vol. I, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, ps. 259/277.

Mayer, Max Ernst: *Widerstand gegen die Staatsgewalt,* en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil,* vol. I, 1906, ps. 349/541.

— *Der Allgemeine Teä des Deutschen Strafrechts,* 2* ed., 1923.

Merkel: *Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum,* en "JW", 1925, ps. 893/899. Metzke: *Handlexikon der Thilosophie,* 1949. Mezger: *Die subjektiven Unrechtselemente,* en "Der Gerichtssaal", vol. 89, 1924, ps. 209/312.

— *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Sonderabdruck aus der Festschrift für Traeger,* 1926.

— *Strafrecht. Ein Lehrbuch,* 3? ed., 1949.

— *Strafrecht. Ein Studienbuch.* Vol. I, Allgemeiner Teil, 7? ed., 1957. Vol. II, Besonderer Teil, 5* ed., 1956.

— *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 5.1.1951* (BGHSt. 1, 15) zu § 156, 43, 253, StGB, en "JZ", 1951, ps. 179/181.

— *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre,* en "NJW", 1953, ps. 2/6.

Mühlmann-Bommel: *Das Strafgesetzbuch,* 1949.

Nagler: *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung,* en "Der Gerichtssaal", vol. 111, 1938, ps. 1/131. Niese: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit,* 1951.

— *Wahnverbrechen oder untauglicher Versuch bei falschen eides-*

stattlichen Versicherungen vor unzuständigen Behörden?, en "NJW", 1949, ps. 812/814. Niethammer: *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts,* 1950. Nowakowski: *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit,* en "ZStW", vol. 63, 1951, ps. 287/331.

— *Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz,* en "ZStW", vol. 65, 1953, ps. 379/402.

Olshausen: *Kommentar zum Strafgesetzbuch,* 12* ed., 1942. Radbruch: *Zur Systematik der Verbrechenslehre,* en *Festgabe für R. v. Frank,* vol. I, 1930, ps. 158/173.

— *Vorschule der Rechtsphilosophie,* 1948.

Roxin: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,* Hamburger Dissertation, 1956. Sauer: *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Staatsphilosophie,* 1921.

— *System des Strafrechts, Besonderer Teil,* 1954.

— *Allgemeine Strafrechtslehre,* 3? ed., 1955.

Sax: *Der Verbotsirrtum als strafrechtsdogmatisches Grenzproblem,* en '"Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschafts-wissenschaften", 1955, ps. 415/424.

Schaff stein: *Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre,* en "MDR", 1931, ps. 196/200.

Schmidhäuser: *Gesinnungsmerkmale im Straf recht,* 1958.

Schmidt, Eb.: *Besprechung des Werkes von Maurach, Deutsclies Strafrecht, Allgemeiner Teil,* en "JZ", 1956, ps. 188/190.

Schönke-Schröder: *Kommentar zum Strafgesetzbuch,* 8* ed., 1957.

Schröder: *Tatbestands- und Verbotsirrtum,* en "MDR", 1951, ps. 387/390.

— *Die Irrtumsrechtsprechung des BGH,* en "ZStW", vol. 65, 1953, ps. 178/209.

—- *Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht,* en "DRiZ", 1956, ps. 69/72.

Schwarz: *Strafgesetzbuch mit 'Nebengesetzen und Verordnungen,* 20* ed., 1957.

Schweikert: *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling,* 1957.

Sieverts: *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht,* 1934.

Stratenwerth: *Verantwortung und Gehorsam, 1938.*

Vianden-Grüter: *Der Irrtum über Voraussetzungeh¡ die für § 240, II, StGB beachtlich sind, en* "GA", 1954, ps. 359/364

Warda: *Die Verbotsirrtumsregelung des* § *31 WStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des* § 59, *StGB,* en "JR", 1950, ps. 546/551.

— *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen,* 1955.

von Weber: *Anmerkung zu einer Entscheidung des OGHBZ v. 14.6.1949,* en "MDR", 1950, ps. 119/120.

— *Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund,* en "JZ", 1951, ps. 260/263.

— *Vom Subsumtionsirrtum,* en "GA", 1953, ps. 161/166.

— *Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Besonderen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs auswirken?,* en *Materialien zur Strafrechtsreform,* vol. 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, ps. 279/281.

— *Negative Tatbestandsmerkmale,* en *Festschrift für Mezger,* ps. 183/192.

Welzel: *Das Deutsche Straf recht. Eine systematische Darstellung.* 6a. (9a.) ed., 1957. Cit.: LB (6). 5a. (8a.) ed, 1956. Cit.: LB (5). 4a. (7a.) ed., 1954. Cit: LOB (4). 3a. (6a.) ed., 19S4.

— *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen,* la. (4a.) ed., 1947.

— *Das neue Bild des Strafrechtssystems,* 2a. ed., 1952; 3a. ed., 1957.

— *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* 1935.

— *Vom irrenden Gewissen,* 1949.

— *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Böhmen der finalen Handlungslehre,* 1953.

— *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit,* 2^ ed., 1956.

— *Anmerkung zum Beschluss des Grossen Senats des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952 zur Frage des Verbotsirrtums,* en "JZ", 1952, ps. 340/344.

— *Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, en* "JZ", 1952, ps. 19/20.

— *Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde,* en "JZ", 1952, ps. 133/136.

— *Der Irrtum über die Amtspflicht,* en "JZ", 1952, ps. 208/209.

— *Studien zum System des Strafrechts,* en "ZStW", vol. 58, 1939, ps. 491/566.

— *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung,* en "SJZ", 1947, columnas 410-415.

----*Nochmals der Verbotsirrtum,* en "NJW", 1951, ps. 577/579.
— *Anmerkung zu zwei Urteilen des BGH zum Irrtum über Rechtfertigungsgründe,* en "JZ", 1952, ps. 596/599.
— *Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege?,* en "JZ", 1952, ps. 617/618.
— *Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum,* en "MDR", 1912, ps. 584/590.
— *Naturrecht und Rechtspositivismus,* en *Festschrift für Hans Niedermeyer,* 1953, ps. 279/294.
— *Anmerkung zu BGHSt, 3, 248/254,* en "JZ"> 1953, ps. 119/121.
— *Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330c, StGB,* en "NJW", 1953, ps. 327/329.
— *Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht,* en "NJW", 1953, ps. 486/488.
— *Zum Schadensbegriff bei Erpressung und Betrug,* en "NJW", 1953, ps. 652/653.
— *Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme,* en "JZ", 1954, ps. 276/280.
— *Wie würde sich die finalistische Lehre auf den Allgemeinen Teil eines neuen Strafgesetzbuches auswirken?,* en *Materialien zur Strafrechtsform,* vol. 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, ps. 45/55.
— *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem,* en "ZStW", vol. 67, 1955, ps. 196/228.
— *Anmerkung zu einem Beschluss des BGH v. 25.9.1956,* "JZ', 1957, ps. 130/133.
Wolf, Erik: *Strafrechtliche Schuldlehre, Erster Teil,* 1928.
— *Der Sachbegriff im Strafrecht,* en *Die Reichsgerischtspraxis im deutschen Rechtsleben,* Fünfter Band, 1929, ps. 44/71.
— *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit,* 1931.
Würtenberger: *Die geistige Situation der deutschen Strafrechts wissenschaft,* 1957.